ANTONII MERENDAE

I. V. D. FOROLIVIENSIS,

IN INCLITO PISARVM GYMNASIO IVRIS CIVILIS PROFESSORIS,

ET IN FLORENTISSIMO FIRMANO GYMNASIO PRIMARII IVRIS CIVILIS matutinis horis Interpretis designati,

CONTROVERSIARVM IVRIS LIBRI SEX.

Opus Quæstionum illustrium, & rerum forensium, ac difficillimarum diligenti tractatione, nouarumque animaduersionum ingenti numero, versantibus in IVRE *proficuum.*

Nunc primum in lucem editum.

Ad Illustrissimum, & Reuerendissimum D.

D. FRANCISCVM BARBERINVM

S. R. E. Cardinalem Amplissimum.



Permissu Superiorum, & Priuilegio.

VENETIIS, M.DC.XXV.

Apud Hæredem Damiani Zenarij.

ILLVSTRISSIMO, ET REVERENDISSIMO DOMINO

D. FRANCISCO BARBERINO

S. R. E. CARDINALI AMPLISS.

Antonius Merenda S. P. D.

EX quo è foro Romano ad Clariſs. Piſarum Gymnaſium Sereniſsimi Coſmi II. Magni Etruriæ Ducis liberaliſsimi, dum vixit, litterarum Mecenatis, beneficio, me contuli, omiſſa protrita, ac vulgari iuris docendi ratione, eam diligentiſsimè ſum conſectatus, quam tu Ill.me ac R.me D. cum melioris notæ Anteceſſoribus probare ſoles. Nam nempè, quæ cuncta ad ſua principia reuocans veſtigijs Papiniani, cęterorumque iuris Romani conditorum, tenaciſsimè inſiſtere nos monet. Cumque in plurimis ambigui iuris locis induſtriam meam in iure verſantibus vſui futuram eſſe non obſcura ſignificarent argumenta, de editione vigiliarum mearum cogitare cœpi, ſexque propterea compilaui Controuerſiarum libros, quos ſub tuo glorioſiſsimo nomine, vt emitterem, operis finis ſcriptionis ratio, & præclara tua in me beneficia imperant. In his libris id vnum ago, vt, exploſis prauis opinionibus, Iuſdicentes quid facere in iurgijs Ciuium debeant, facilè queant intelligere; tibi ergo

ſummo iure debentur, is enim es, qui in ipſo ætatis flore in ea, quam vniuerſæ Ditionis Pontificiæ Pręfectura geris, tam ſapientem te prębes Iuſtitiæ vindicem, vt omnes intelligant quid poſsit

— — mens ritè, quid indoles
Nutrita fauſtis ſub penetralibus.

Cum verò eorum, qui vulgarium Iuris interpretum ſtudijs applaudent, auctoritas non ſinat in Italiæ Gymnaſijs meliorem ſententiam radices agere, in publica commoda nimium peccarem, ſi occaſionem pulcherrimam hanc tuam in noſtras partes eximiam voluntatem euulgandi, tacitus præterirem, admirabilis enim, ac penè diuina ingenij tui vis præclaro orbe illo doctrinæ, quem Gręci Encyclopediam appellant, ad miraculum vſque exculta, tantæ coniuncta dignitati, eam noſtris ſtudijs auctoritatem addit, quam ſuis aduerſarij non auſint arrogare; vt magna me ſpes propterea foueat breui tuo beneficio in pleriſque omnibus Italiæ Gymnaſijs Ius Romanum ſuum recuperaturum eſſe ſplendorem. Singularium autem tuorum in me beneficiorum memoriam perennem fieri, non tam grati animi ratio, quam mea poſcit exiſtimatio, Heroi enim omnium maiorum ſcientiarum, ac virtutum genere inſtructiſsimo placere meis ſtudijs tantam addit dignitatem, quantam labore, ac induſtria conſequi non valeam, quæ in poſterum magis, magiſque vt probare poſſis omnem moueo lapidem. Cum verò, te auctore, Firmani Ciues munus iuris ciuilis è primo loco matutinis horis in eorum nobiliſſimo Gymnaſio interpretandi nuper, inter magna præſtantiſsimorum Profeſſorum ſtudia, detulerint, præclara mihi ſe ſe offert id efficiendi occaſio, Clariſsimę enim illius Ciuitatis commoda tibi plurimum curæ eſſe, magna, quæ in ipſam in dies confers beneficia, atteſtantur; quod ex animi ſententia eſſe ceſſurum vt ſperem efficit, magnum quod iuris ſtudioſis in hoc ampliſsimo Piſarum Gymnaſio verſantibus, diſceſſus meus induſtriæ qualiſcunque meæ deſiderium relinquit. Hilari fronte, vt vigilias meas ſuſcipias, ſi multis te deprecer Ill.^me ac R.^me D. iniurius ſanè ſim præclaræ tuæ in omnes bonarum artium amatores, & in me, ſtudiaque mea, voluntati. Reliquum itaque eſt, vt ad gratias agendas mea ſe conuertat oratio; verùm cum ſingularia beneficia exilem non ferant gratiarum actio-

nem,

nem, & infantia mea non ſinat me pro dignitate ſummam tuam prædicare benignitatem, ſatius eſſe putaui Aegyptios Sacerdotes imitari, qui, Deos ſuos, quos dignè laudare non volebant, inarticulata voce colere, conſueuerunt. Vale Ill.me & R.me D. iterumque, ac diutiſsimè pro Reip. ſalute, & litterarum ornamento vale, meque glorioſiſsimo nomini tuo addictiſsimum pro tua benignitate in tuorum clientum numero eſſe patiare.

Piſis Kal. Octobris Anno 1624.

PERILLVSTRIBVS,
VIGILANTISSIMISQVE
Clarissimæ Ciuitatis Firmanæ Prioribus,
Antonius Merenda S. P. D.

FRuitur hoc tempore P.C. vestra Ciuitas beato tempore, quod Plato ijs augurabatur Ciuitatibus, in quibus, vel Philosophi clauem tenerent, vel qui tenerent, philosopharentur, Ill.mo ac R.mo D. Francisco Cardinali Barberino vniuersæ Pontificiæ Ditioni Præfecto, bonorum omnium consensu sapientissimo, ac vigilantissimo. Cum enim Populi Firmani salus peculiari iure ei sit commendata, vos, vestrique Ciues admirabilis sapientiæ, et benignitatis eius fructus præcipuos in dies percepitis. De tanta vestra felicitate publicè vobis, vt gratularer effecit singulare, quod nuper in me contulistis beneficium. Florentissimo vestro Gymnasio, cum non inutilem operam meam futuram esse, idem Ill.mus D. existimaret, vt munus iuris ciuilis è primo loco matutinis horis interpretandi mihi demandaretur, vobis, Ciuibusque vestris magnopere suasor fuit, et auctor; quod cum inter tot præstantissimorum Antecessorum studia singulari alacritate factum fuerit, quæ nunc meæ partes sint, optimè intelligo. Licet autem arduum nimis sit vestræ in me singulari voluntati, & Principis, ad miraculum vsque eruditi, iudicio, respondere, vt tamen bono animo sim, iubet constans illa, ac perpetua ingeniosissimorum quorumcunque iuris studiosorum, qui tredecim ab hinc annis in hoc toto orbe Clarissimo Pisarum Lycæo, versati fuerint, in me, meaque studia voluntas; insitæ enim mihi de iuris studiosis bene merendi eximiæ cupiditati tot additis stimulis breui industriam meam sic omnibus probatam iri spero, vt nemo ex præstantissimis iuris Professoribus, qui apud vos ante me ius docuerunt, vobis sit desiderandus. Cum autem vobis, nobilissimisque Ciuibus vestris pro dignitate gratias agere mea non patiatur infantia, ingentesque vestræ Ciuitatis vetustæ, nouæque laudes exilem respuant dictionem, æqui bonique vos Consulturos esse reor, si impari detrectato onere epistolam claudam. Valete, iterumque Valete P.C. meque vestræ Ciuitatis commodis inhiantem, vt facitis, amate.

Pisis Kal. Octobris Anno 1624.

AD CANDIDVM, ERVDITVMQVE LECTOREM.

CVM Papinianus, Paulus, Vlpianus, cæterique iuris nostri conditores in responsis, iurisque controversijs exponendis brevi admodum sermone suam, vt Pandectæ iuris ostendunt, exponere solerent sententiam, acutos, eruditosque viros magna capere solet admiratio, cur posteriores Iurisperiti, quibus illi pro Oraculo sunt, verbosis editis iuris responsis, & commentarijs famam immortalem sibi comparare posse existimauerint. Eorundem vetus querela est de infinito prope Controversiarum iuris numero, neque enim intelligere se posse profitentur, qua ratione fieri possit, vt in tanto legum, constitutionum, & commentariorum numero tot superesse queant dubitationes, si iuris magistri ijs resecandis magis, quàm suæ inseruirent existimationi, quò enim carius suam venditent operam ambiguitates iuris eos augere se se suspicari, non obliquis indicant sermonibus. De his disserere instituto meo plurimum conuenit, in iureque versantibus iucundum, vt spero erit, & studiosis non inutile. Ius nostrum amplissimo suo sinu, cum omnes, quæ inter ciues incidunt de æquo, & bono dubitationes complectatur, fieri non potest, vt nouæ, quæ in dies incidunt iuris ambiguitates, secundum æqui bonique normam definiantur, nisi iuris magistri immensam eius amplitudinem certis coerceant præceptis generalibus, quæ nos ad augustissimum æqui bonique templum quandocunque de iure respondendum erit, velut manu ducant, quo genere studij, cum plurimum veteres valerent Iurisconsulti, breuibus suam de quacunque iuris dubitatione exponebant sententiam, ea enim præceptorum generalium propria vis, potestasque est, vt veritatem velut digito ostendant, paucisque rem conficiant. Cum verò Tribonianus, cæterique iuris nostri compilatores in eo toti fuerint, vt singularium specierum definitionibus iuris libros replerent, factum est, vt eorum præceptorum, quibus vetusti iuris magistri perpetuò vtebantur, semina magis, quam speciem suis excultam coloribus nobis reliquerint, quæ cum coalescere, temporum, quibus ius nostrum ad nos velut postliminio redijt, barbaries non sineret, Latini iuris nostri glossatores, ac interpretes, qui iurisprudentiæ Romanæ lucem afferre primi studuerunt, regia hac via prætermissa in iuris dubitationibus enucleandis ad similium specierum decisionem velut ad sacram Ancoram confugere consueuerunt. Cum verò similitudinem specierum is demum intelligere valeat, qui præcepta, ex quibus earum decisio pendet, optimè calleat, eos plerunque errare contingit, qui præceptorum generalium vim non callentes in iure ambiguo exponendo ad similitudinem specierum confugiunt; cumque Nobiles illi, de quibus agimus, iuris magistri, ingenio, vt eorum scripta ostendunt, plurimum valerent, argumentorum, quibus vtebantur, imbecillitatem plerunque sentiebant, curabantque propterea alijs superadditis rationibus, opinionibus suis fidem facere, iurisque dare auctoritatem. Horum autem virorum

gloria,

gloria, cum posteriorum oculos perstrinxisset, animosque occupauisset, summo cum orbis Christiani incommodo ea inualuit opinio, vt quicunque horum vestigia non calcarent, boni iurisperiti nomine indigni existimarentur; quo factum est, vt ij, qui his successerunt iuris Professores summo studio eorum scripta exponerent, & propugnarent, quod cum paucis fieri non posset, ea, quæ ius nostrum adeò onerat verbositas, in pretio esse cœpit. Horum autem institutum & si post Andream Alciatum immortalis famæ I. C. eruditissimi, & præstantissimi viri profligare studuerint, ipsum tamen plurimorum auctoritate suffultum in foro adeò viget, valetque vt eruditi præclarique iuris magistri, Magni Cuiacij, aliorumque præstantissimorum Iurisconsultorum exemplo admoniti, nisi velint a foro sua exulare scripta, inuiti eam ex parte retineant, quam damnant, iuris tractandi rationem, qua tamen in re sic se gerunt, vt veræ iurisprudentiæ splendor medijs in tenebris elucescens sui amorem apud acutos perspicacesque viros excitet, in diesque augeat, quotus quisque enim est, qui amplissimæ Rotæ Romanæ, vt cæteros præteream, decisiones attentius perlegerit, qui in eos acriter non inuehat, qui dum litium merita expendunt, nihil diligentius, aut attentius agunt, quàm vt plurimis vtantur rationibus multorumque interpretum testimonio, quo nihil frigidius, vel euidentissimas assertiones confirment. Hactenus primæ eruditorum de nostris hominibus querelæ pro viribus satisfecimus, de secunda nunc disseramus. Omnes quæ suscipiuntur in iure disceptationes, vel ad æquum & bonum pertinent, vel ad leges, quas positiuas appellamus, cum verò æqui & boni vis, atque potestas mentibus nostris a natura exculpta iugiter nobis ante oculos obuersetur, legumque Conditores id potissimum studeant, vt quàm clarissimè eorum tenor conscribatur, vnde nam apud eos, quos partium amor non dissociat, tot tantarumque dissensionum leges ac materia? Hæc est ea, quæ a plurimis præstantissimisque viris aduersus Iuris Professores effunditur querela, de qua cum sæpius mecum ipse egissem, ingentem hanc Reip. calamitatem in eximiam rerum humanarum varietatem, in eam, quam nobis Tribonianus, & Socij reliquerunt Iurisprudentiæ Romanæ speciem, & in temporum, quibus leges Iustiniani ad lucem redierunt, barbariem reijcere soleo, nec non in vulgare illud scribendi institutum, quod prætermissa legum auctoritate, rationumque pondere, nudis Iuris Interpretum testimonijs sua monet confirmare scripta. Rerum humanarum species adeo varia est, & multiplex, vt Iustinianus noster affirmare non dubitauerit, naturam nouas in dies properare edere formas, tantam enim varietatem ad æqui bonique normam redigere, quod suapte natura arduum nimis est, Tribonianus & Socij ad summam deduxerunt difficultatem. Animaduerterant præstantissimi hi viri priscos iuris Professores, sectis inter se dissidentes, præceptorum generalium auctoritate suas conseruare dissensiones, verentesque ne in eas, quas tollere curabant tenebras, Iurisprudentia rediret, si singularia negotia Iuris Professoribus præceptis generalibus decidenda relinquerent, in eo toti fuerunt, vt tantam singularum specierum segetem in libris iuris insererent, vt omnia prope, quæ futura erant imposterum inter ciues dissidia, particulari decisione finirent, incredibilemque propterea cum collegissent rerum singularum, Iurisconsultorum, Principumque auctoritate decisarum, numerum, omissa ferè præceptorum generalium cura, ex his iuris libros confecerunt. Quod si sequentium sæculorum calamitates tantam rerum mutationem in Imperium Romanum non inuexissent voti fortasse compotes Tribonianus, & Socij facti fuissent, tanta verò facta morum mutatione pleraque ex dissidijs, quæ olim quotidiana erant, obliterata fuere, & pleræque exoriri cœperunt dubitationes veteribus incognitæ. Cum autem præceptorum generalium subsidium Triboniani consilium præclaris illis iuris, qui leges Iustiniani primi luci restituere studuerunt, ademisset, ad singularium specierum similitudinem confugere fuere coacti, quæ iuris exponendi ratio lubrica nimis, & periculosa (ex præceptorum enim generalium hu-

iusmodi

iusmodi similitudo pendet) culpa infelicis sæculi, quo lingua Latina, & bonæ artes in situ squalloreque iacebant amplissimis his viris facta fuit difficillima. Quemadmodum enim Digestorum Libros, quos elegantissimi sermonis splendor illustrat, ij satis intelligere nequeunt, qui Latinæ linguæ proprietates, & elegantiam ignorant, ita plurimarum legum Codicis sensum (quod & permultis Pandectarum locis accidit) cum peculiaria Imperij Romani instituta respiciant, ij satis percipere non valent, qui vtriusque Imperij notitia sunt destituti; ex his enim locis, cum prisci, de quibus agimus, iuris magistri, similes species, vt scripta eorum testantur, in ambiguis iuris dubitationibus depromerent, infelicis sæculi culpa, ea, quæ plurimum inter se distabant, velut similia negotia proponebant. Haud feliciores fuerunt ij, qui ipsis in iure exponendo successere. cum enim crassissimæ illę tenebrę, quę linguam Latinam, & bonas artes occupauerant, cuncta obscurarent, non minora sortiti fuere in iure nostro interpretando impedimenta. Horum autem virorum fama ad cęlos vsque elata (ingenio enim acutissimo prędіti, ad summum, quantum infelix illud tempus patiebatur, Iurisprudentiæ fastigium peruenerunt) cum posterorum oculos, mentesque perstrinxisset, tantum auctoritatis huic iuris tractandi rationi accessit, vt in hominum mentibus altissimas egerit radices, excusandique propterea sunt eximij illi iuris nostri interpretes, quorum sæculo bonæ litteræ reuiuiscere cœperunt, si ab ipsa discedere, & ad germanam iuris tractandi rationem aspirare, non fuerunt ausi. Horum autem præstantissimorum virorum perpetuum, & memorabile institutum fuit, vt disputationis malleo omnia pęnè experirentur, qua in re adeò præclarè se gesserunt, vt si ipsis hisce temporibus nasci contigisset, non dubitem, plerosque ipsorum absolutissimos euasuros fuisse iuris nostri interpretes. Cum verò sequens ætas paucissimos, qui cum his possint comparari, iuris interpretes tulisset, eximia illa ad examen cuncta reuocandi consuetudo, prę eius difficultate refrigescere primùm, deindè plerisque displicere cœpit, ijs nempe, qui crassum nacti ingenium rationum pondera examinare, aut disputationum acumen attingere non valebant: Horum autem, cum esset, vt plerunque accidit, magnus numerus, eximium huiusmodi institutum in inuidiam primùm adduxere, deinde aperto ore, velut Gymnasijs magis, quam foro accommodatum, calumniari cœperunt; his autem plerique ex ijs, qui disceptationi causarum præerant (quippe qui perrarò momenta rationum expendere volunt, aut valent) cum non obscurè applauderent, tanta facta est huic sectæ accessio, vt in ingentem, quemadmodum libri, qui ex ea prodierunt testantur numerum euaserit. Hoc autem institutum, quod veritati inueniendæ ineptissimum esse apud peritos iuris viros in comperto est, ex infinito responsorum iuris numero, quæ centum ab hinc annis edita fuere, ad summā deductum fuit infęlicitatem; cum enim in responsis id vnum iuris interpretes agere soleant, vt quacunque ratione clientis partem adiuuent, in hoc genere scriptionis veritatis inueniendæ studium frequentissimè deseritur, vt propterea eos in iure exponendo sæpissime errare oporteat, qui scriptas in iuris responsis opiniones sine delectu pro veris suscipiunt, cum verò veritati omnia respondeant, & falsò cuncta aduersentur, hi quibus agimus iuris interpretes, in euidentes frequentissimè inciderunt contrarietates, quas vt superarent, immensam illam limitationum, vt ipsi loquuntur, syluam peperere, ex qua nemo hucusque incolumis euasit, aut imposterum euasurus est, nisi principiorum iuris eximia instructus notitia, veram cuiusque traditionis rationem attingere valeat; nemo enim sanæ mentis est, qui axiomatum, iurisque traditionum vim, & potestatem assequi se posse putet, cum vnde nam earum virtus manet, ignorat, quod ijs, qui principiorum iuris eximiam notitiam non fuere adepti necessariò contingere in comperto est. His Iurisprudentiæ Romanæ incommodis post Andream Alciatum Mediolanensem; occurrere præstantissimi iuris interpretes diligentissimè studuerunt, inter quos celeberrimi sunt Iacobus Cuiacius, & Antonius Faber incliti erudito-

rum

rum sententia iuris magistri. In eo autem conueniunt omnes, qui iurisprudentiæ illustrandæ vacauere, meliores iuris Professores, vnicam iuris illustrandi rationem nobis superesse, si omissis vetustiorum traditionibus cuncta ad sua principia, qui fuit nostri iuris conditorum perpetuus mos, diligentissimè redigantur. Principiorum autem iuris duæ sunt positiones, prima ius vniuersum attingit, altera singularum materiarum propria est; primi generis præceptis maximam lucem dedit Franciscus Suarez Inclitæ Societatis Iesu lumen clarissimum in suis de legibus nobilissimis Commentarijs, quorum vsus cum assiduus sit, & plane quotidianus, optimè facturi sunt Amplissimi viri, qui Gymnasijs præsunt, si inter anniuersarios tractatus titulum Pandectarum, aut Codicis de legibus inseruerint, vt integri anni curriculo ordinarij Professores præcipuos huius tractatus locos studiosis exponant. Alterius verò generis principia, & si magnis viribus & conatu acutissimi viri, potissimumque Iacobus Cuiacius & Antonius Faber aggressi fuerint, præ rei tamen amplitudine, & difficultate, maxima ipsorum pars, vt mihi videtur, lucem desiderat. Cum verò, ex quo a foro me ad Gymnasia contuli, in eo totus fuerim, vt omissa vulgari iuris tractandi ratione, cuncta per sua principia exponere diligentissimè studuerim, factum est, vt plerosque iuris ambigui locos, sic exposuerim, vt vigilias meas vsui in iure versantibus futuras esse non obscuris intellexerim argumentis; quapropter de editione cogitare cum cœpissem sex Controuersiarum libros expoliui, calcographoque tradidi. His autem in libris, & si plerosque Scolasticarum dissensionum locos tractauerim, maximam tamen ipsorum partem forensibus negotijs tradidi. In omnibus autem sic versatus sum, vt nullam ex me controuersiam exire paterer, in qua explicanda ex officina mea multum prodijsse non existimauerim. Quas aduersus cæterorum sensum edidi opiniones, cum fracto inuentionis, & iuuentutis calore in lucem prodeant, ne quis putet facilè se euertere posse, quod si pugnandi improuidum studium quempiam ad pugnam vocauerit, tela, prædico, irrita erunt, nam

— Fragili quærens illidere dentem
offendet solido.

perpetuus autem mihi mos fuit (quod te non ignorare bone lector opportuit) vt hæc mea scripta plus saporis in recessu habeant, quam frons præseferat, quo factum est, vt ex argumentis, quæ nostras oppugnare videntur opiniones, aliqua interdum data opera præterierim, satis esse putans, si ex his, quæ ad nostræ sententiæ confirmationem attuli, ipsa commodè dissoluere possint acuti, perspicacesque viri. Ex ijs, qui ingenio valent, neminem futurum esse reor, qui institutum meum damnaturus sit, nisi, si qui sint,

— qui turpe putant parere minoribus, & quæ
Imberbes didiscere, senes perdenda fateri.

Eorum verò, quibus pinguis contigit Minerua, de me, meisque scriptis sententiam scire non quæro, aut curo, his enim placere nequaquam ij possunt, qui aliquid in iure sapiunt. Vale candide, ac erudite Lector, meque tuis inhiantem commodis pari prosequere beneuolentia, & secundum Controuersiarum volumen propediem expecta.

IVRIS LOCI QVI EX AVCTORIS ALIORVMVE SENTENTIA in hoc Opere illuſtrantur.

Ex Pandectis.

l.alie-

IVRIS LOCI.

l.ferè

IVRIS LOCI.

Ex Codice.

Ex Auth. seu Nouell. constitut.

Ex Institutionibus.

Ex Usibus Feudorum.

Ex Iure Canonico.

FINIS.

INDEX ALPHABETICVS CONTROVERSIARVM

hoc volumine explicatarum.

A

B

C

Donatio

INDEX.

E

F

Emptum

INDEX.

H

I

INDEX.

L

Pacis

P

Vel

R

S

Quid

T

Testa-

INDEX.

F I N I S.

Corrigente Adm. R. D. Iacobo Massinio publica auctoritate.

Operarum incuriam ex parte indicaui, ac castigaui; in reliquis tuam bone Lector appello prudentiam, ac humanitatem.

efferrem, legas afferrem folio 2. numero 5. linea 14. possumus, l. possum f. 3. n. 13. l. 9. computauimus, l. confutauimus f. 5. n. 3. l. 53. quod si vero, l. si verò f. 6. n. 21. l. 54. abest, l. adest f. 6. nu. 11. lin. 61. admittitur ei, l. admittet ei f. 7. n. 2. l 29. eum, l. is f. 8. col. 2. n. 1. l. 40. potest, l. posse f. 9. 0 9. l. 58. Rex, l. lex f 9 n. 14. l. 46. legum, l leguo placita f. 11. 0 4. l. 15. Non esse opus, sed obstat, l. non esse opus f. 15. n. 10 l. 63. facit, l. sicut facit f. 17. n. 9. l. 47. quia, l. quin f. 15. n. 13 l. 47. contrariesur, l. contrariaretur f. 17 n. 9. l. 54. Prætestus, l. prætextus f. 19. n. 8. l. 10. constitutui, l. constituitur f. 19. n. 5. l. 35. hæc autem, l. has autem f. 20. n. 7. l. 8. quas, l. quæ f. 2. n. 1. l. 51. vero, l. iuri f. 23. n. 10. l. 30. facta, l. pacta f. 24. 0. 9. l. 45. oriret, l. oritur f. 26. n. 3. l. 3. donationem, l. dationem f. 26. n. 3. l. 34. non non finit, l. non finit f. 30. n. 8. l. 57. I. C. l. I. C. dum ait f. 32. n. 5. l. 28. afferre, l. afferre debere f. 32. n. 5. l. 44. meritis, l meritis, f. 35. n. 2. l. 15. Monasterium, l. monasterio f. 37. n. 1. l. 20. pulchritudo, l. Pulchritudini f. 39. n. 16. l. 6. potest, l. posse, f. 44. n. 6. l. 40. longe quas, l. quas longe f. 46. n. 18 l. 28. lib. 6. de mus, l. lib. 6. de musica f. 48. n. 17. l. 9. ista, l. ita f. 49. n. 7. l. 20. negant, l. negat f. 50. n. 2. l. 29. illa, l. illud f. 52. n. 9. l. 23. litibus, l. litibus nō f. 54. n. 15. l. 42. dominorū, l. domini f. 98. n. 14. l. 45. & tertio, l. & secundo f. 99. n. 18. l. 3. tertio vero, l. secundo vero f. 99. n. 18. l. 4. possessore, l. possessione f. 99. n. 18. l. 6. & ex quo sequ. quæ, l. ex quo sequitur tem f. 99. n. 20. l. 50. d. c. 24., l. d. c. 21. fol. 101. n 10. l. 20. inscita, l. insita f. 101. n. 19. l. 50. pendent, l. pendet f. 101. n. 19. l. 53. cumque c. 21., l. cumque c. 14. f. 101. n. 27. l. 32. supra c. 21., l. supra c. 18. f. 104. n. 39. l. 49. situm instare, l. situm in quo stare f. 106. n. 4. l. 15. eosque eousque, l. eousque f. 106. n. 4. l. 16. quis eam, l. fuit eam f. 108. n. 11. l. 16. licentiam, l. licentiæ f. 109. 0. 2. l. 9. & ideò conditiones, l. & ideò aiunt conditiones f. 113. n. 1. l 19. conueniatur, l. conueniat f. 115. n. 4. l. 24. sit, l. est f. 116. n. 11. l. 28. veris ratio, l. iuris ratio f. 116. n. 13. l. 51. opinioni, l. opinio f. 118. n. 5. l. 2. benignus, l. benignius f. 120. n. 5. l. 2. sex quibus, l. ex quibus f. 124 n. 16. l. 42 est licet, l. est quod licet, f. 126. n. 1. l. 4. quem, l. quæ, f. 126. 0. 7. l. 30. posse, l. possit f. 127. 0. 20. l. 37. non fuisse, l. fuisse f. 129. n. 10 l. 42. onere, l. onera f. 134. n. 26. l. 18. non semel, l. semel f. 134. n. 26. l. 25. concessisset, l. concessent f. 135. n. 5. l. 16. habitui &, l. habitui paratam vt f. 143. n. 6. l. 37. forte cogendos, l. forte f. 143. n. 1. l. 51. meminauisse, l. nominauisse f. 146. n. 7. l. 47. quam, l. quæ f. 150. n. 8. l. 48. possint, l possunt f. 153. 0. 9. l. 55. in re, l. in ore f. 164 n. 12. l. 62. quod, l. quæ f. 170. n. 14. l. 17. consideratum, l. consideratam f. 170. n. 14. l. 18. legislatorem, l. legislatoris f. 175. l. 10. n. 15. quæ, l. qui f. 173. n. 19. l. 62. separatum, l se esse paratum f. 176 n. 7. l. 54. vetante, l. cessante f. 177. n. 7 l. 13. de quo, l. de qua f. 178. n. 14. l. 57. prospicoa, l. perspicua f. 183. 0. 5. l. 6. continentem, l. continens f. 188. n. 12. l. 18. sensen, l. censeri f. 191. n. 8. l. 44. ff. de acq. possess., l. ff. de acq. hæred. f. 200. n. 8. l. 29. fuit, l. fit f. 201. n. 21. l. 20. quos, l. quas f. 204. n. 1. l. 46. construere, l. constituere f. 212. n. 5. l. 37. intestabilis, l. intestabilem f. 213. n. 9. l. 23. expediet, l. expedit f. 213. n. 8. l. 49. restriogere, l. restringi f. 218. n. 3. l. 40. conductum, l. constructum f. 219. n. 7. l. 50. quoniam, l. quando f. 223 n. 25. l. 15. non posse, l. posse f. 225. n. 12. l. 40. oporteret nomen, l. nomen f. 229. n. 4. l. 35. eaprimi, l. exprimeretur f. 229. n. 4. l. 36. dum, l. quia f. 230. n. 8. l. 21. ibi, l. tunc f. 233. n. 7. l. 37. oil est, l. si est f. 235. n. 22. l. 51. testameotum, l. testantium f. 239. n. 18. l. 52. inueniri, l. intelligi f. 242. n. 5. l. 26. esse cœpit, l. esse intestatus cœpit f. 253. n. 31. l. 52. fideicommissi, l. codicillorum f. 255. n. 14. l. 12. idijs, l. Dijs f. 264. n. 10. l. 35. vtique, l. inde f. 265. n. 3. l. 40. constituere inter, l. constituere posse inter f. 266. n. 12. l. 41. cuncta, l. certa f. 270. n. 2. l. 16. autem inde, l. autem hinc inde fol. 270. n. 25 l. 51. decisurum, l. decisionem f. 271. num. 2. l. 57. in, l. ex f. 271. num. 2. l. 57. id, l. ad f. 276. n. 9. l. 11. possint, l possunt f. 283. n. 11. l. 18. perperam a similitudine, l. perperam similitudine f. 184. n. 6. l. 54. vis, l. ius f. 295. n. 21. l. 25. testatori, l. testari f. 298. n. 4. l. 47. intrinsecus ei, l. intrinsecum ei f. 500. 0. 21. l. 48. ius, l. vis f. 301. n. 6. l. 10. legitimo patrimonio, l. legitima patrooi f. 302. n. 8. l. 42. resque, l. res f. 303. n. 11. l. 17. posse, l. potest f. 304. n. 19. l. 39. æquiparantor, l. æquiparari f. 306. n. 14. l. 48. in omnibus, l. in alijs omnibus f. 310. n. 21. l. 41. quid, l. quod f. 310. n. 12. l. 49. incidat, l. incideret f. 310. n. 13. l. 64. prælega, l. prælegata f. 310. n. 15. l. 2. insensisse, l. inseruisse f. 310. n. 16. l. 37. coniecturas, l. coniecturæ f. 310. n. 17. l. 58. iurgiæ, l. iurgia f. 313. n. 25. l. 45. nam partis enim, l. partis enim f. 314. n. 3. l. 10. ergo de eo, l. enim f. 317. n. 39. l. 55. etenim, l. etiam f. 319. 0. 6. l. 57. vt id, l. id f. 319. n. 11. l. 51. volnit, l noluit f 320. n. 2. l. 16. testis, l. testam. f. 320. n. 4. l. 56. vt certa non, l. certamen f. 320. n. 6. l. 12. recte, l. rite f. 522. n. 10 l. 53. ea dispositio, l. eam dispositionem f. 31. l 18. aliquam, l. aliqua f. 525. n. 9. l. 12. dicere non possumus, l. dicere possumus f. 328. n. 3. l. 62. vis, l. ius f. 328. n. 8. l. 8. latæ, l. latè f. 528. n. 11. l 52. volui, l. noluit f. 329. n. 1. l. 16. esse, l. dici f. 329. n. 1. l. 23. quod, l. quò fol. 329. n. 3. l. 16. hæres, l. hæc fol. 530. 0. 4. l. 10. restitueret, l. restituerit f. 333. n. 14. l. 2. cuius, l. eius f. 334. n 8 l. 3. Præfectus, l. præfectum f. 334. n. 4 l. 53. contradistinguuntur, l. contradistinguunt f. 337. n. 2. l. 40. dispositio, l. dispositio f 343. n. 4 l. 3. ff. l. C. fol 344 n. 1. l 6. iuris, l. viris f. 347. n. 21. l. 34. interpretatione, l. interpretatio f. 348. n. 24. l. 20. admittunt, l. admittit f 348. n. 24. l. 25. insalubus, l. insalubribus f. 349 n. 2 l. 24. maiorem, l. minorem f. 349. n. 4 l. 54. quę per laqueo, l. quæ laqueo f. 349. n. 4 l. 58. consulitores punientur, l consultores puniantur f. 350. n. 9. l. 14. petitas, l. petita f. 351. n. 4. l. 8. suffragentur, l. suffragetur f. 351. n. 5. l. 23. culpa, l. dolo f. 351. n. 6. l. 37. intentionem, l. intellectum f. 352. n. 8. l. 58 cuiusmodi, l. eiusmodi f. 352. n. 12. l. 42. non facit, sc quis, l. facit, vt quis f. 352. n. 12. l. 43. innane, vt, l inanis f. 353. nu. 13. l. 6. rationem, l. ratio eam f 356. nu. 17. l. 20. Huiusque, l. Hucusque f. 356. n. 6. l. 24. legis, l. leges f. 357. n. 10. l. 17. se, l. sequi f. 358. n. 7. l. 18. patefecit, l. pacem fecit f. 360. n. 13. l. 24. idoneus, l. idoneum f. 363. n. 6. l. 36. quod ad hoc, l. quò ad hoc fol. 363. n. 6. l. 43. valetudine, absentia, &, l. valetudo, absentia, vt f. 364. n 3. l. 35. placuit, l. placuerit f. 366 n 3. l. 56. temporis, l. tempus f. 367. n. 2. l 17. ionanis, l. inanis f. 373. n. 12. l. 31. veritatem, l. varietatem f. 373 n. 13. l. 45. locaturus, l. locationis f. 375. n. 12. l. 62. obligatarum, l. obligatorum f. 375. n. 12 l. 11. exceptionem, l. excussionem f. 377. n. 8. l. 21. distinguit, l. distinguunt f. 382. n. 9. l. 18. non poterit affirmare eius mentem fuisse, l. non potest affirmare eius mentis se fuisse f. 389. 0. 24. l. 16. compensaturus, l. compensatiuas f. 391. n. 7. l. 22. tantum, l. tantam f. 595. 0. 3. l. 7. promisisset, l. permisisset f. 399. n. 4. l. 24. veluti, l. aut vti f. 399. n. 6. l. 46. filius qui, l. quod f. 400. n. 8. l. 18. obseruandas, l. obscurandas f. 400. n. 17. l. 18. vere merito, l. iure merito f. 403. n. 7. l. 38. pater, l. patri f. 406. nu. 21. l. 19. deforre, l. deferre f. 408. nu. 20. l. 38. eum, l. eum f. 410. n. 40. l. 16. numero, l. numeris f. 414 n. 10. l. 25. simplicitatem, l. ob simplicitatem f. 415. n. 17. l. 24. vitæ, l. bonitatis f. 417. n. 20. l. 10. non subscriptum fuisse, l. subscriptum non fuisse f. 419. n. 9. l. 10. qui, l. quæ f. 419. n. 12 l. 54. testimogentis, l. approbantia f. 420. n. 12. l. 63. reum, l. reus f. 423. n. 23. l 29. vero, l. autem f. 426. n. 3. l. 22. peccauerit, l. peccauit f. 434. n. 4. l. 41. fauorabilis, l. fauorabilem f. 436. n. 3. l. 19 suadendi, l. euadendi f. 440. n. 13. l. 8. extimationem, l. æstimationem f. 441. n. 22. l. 24. possent, l. poterant f. 443. n. 3. l. 10. quid, l. quod f. 450. no. 12. l. 16. peruenitur, l. peruenit f. 451. nu. 29. l. 10. subeant venditori, l. subeant venditores f. 457. n. 1. l. 42. exiguntur, l. exiguntur f. 457. n. 3. vers. 2. habitam non fuisse, l. habitam fuisse f. 462. n. 15. l. 22. ratioui, l. ratione f. 465. n. 28. l. 33. possum, l. possumus f. 470. n. 11. l. 39. scire, l. suæ f. 471. n. 5. l. 40 vtetur, l. vtitur f. 475. nu. 17. l. 48. iure, l. iuri communi f. 476. n. 10. l. 31. in, l. ex f. 476. n. 13. l. 9. esse, l. est f. 478. n. 6. l. 6. cap. 17. l. cap. 20. f. 483. n. 19. l. 30. cap. 2. & 3. l. cap. 20. n. 3. f. 484. n. 25. l. 32. an sint digna, l. an sint fauore digna f. 485. l. 2. magrum, l. magnum f. 485. n. 7. l. 20. testimaniae, l. infosmare f. 486. n. 12. l. 39. auctoritati, l. vtilitati f. 491. 0. 4. l. 20. Barbonibus, l. Baronibus f. 491. 0. 5. l. 37. quandoquidem, l. quandoque rem f. 449. n. 9. l. 5. alligata, l. allegata f. 499. n. 10. l. 23. eximere, l. eximendi f. 502. n. 25. l. 41. posset, l. posse f. 503. 0. 35. l. 40. quid, l. quia f. 504. n. 47. l. 42. nolutt, l. voluit fol. 506. num. 10. lo. 27.

ANTONII MERENDAE
I. V. D. FOROLIVIENSIS
CONTROVERSIARVM IVRIS
LIBER PRIMVS.

Iuramentum an reddat validas conuentiones a lege Ciuili reprobatas ad Auth. Sacramenta puberum, C. si aduerf. vend. c. cum contingat, de iureiur. *Cap. Primum.*

1 SVNT quædam conuentiones, quę licet suapte natura licitæ sint, improbantur tamē a legibus positiuis iustissimis ex causis, & ita reprobantur, vt si factæ fuerint ipso iure inutiles sint, ac inualidæ. Circa huiusmodi conuentiones magna est apud DD. contentio, an iureiurando confirmentur, ita vt non obstante lege Ciuili eas reprobante validæ sint, & efficaces. De qua controuersia agere constitui, quia maximi momēti est intelligere, quid circa eam sentiendum sit; praua enim eius expositio plurima attulit, afferétque hominibus incommoda: de ea tractant DD. *in Auth. Sacramenta puberum, C. si aduerf. vendit. in c. cum contingat, de iur. iur.* Campeg. *de dote parte 4. quæst. 11.* Couar. *de pact. par. 2. §. 1. num. 7.* Seraphin. *de priuileg. iuram. priuileg. 61.* Fachin. Iurisconsultus, & antecessor meus equidem præstantissimus, Præceptor, ac affinis mihi carissimus, *lib. 3. controuers. iur. cap. 11.* Lud. Molin. *tom. 1. de iust. & iur. disput. 149.* Vincent. Mancin. *tract. de iuram. par. 4. effect. 1. quæst. 3. & luculentissimè* Franciscus Suarez *tom. 2. de Religione, tractatu de iuramen. lib. 2. c. 28. & 29. & nouissimè* Thomas Sancez, *tom. 1. super Decalogo, lib. 3. c. 12. a num. 8.* qui plurimos, tam ex nostris, quam ex sacræ Theologiæ Professoribus recēset: idem Sancez *de matrim. lib. 1. disput. 32. a num. 5. vsque ad num. 20.*

2 Ego illis assentior, qui negant iuramentum posse efficere, vt valeat conuentio, quæ a lege positiua ita reprobatur, vt ipso iure inefficax sit, & inualida: cum enim huiusmodi conuentio, nec naturalem pariat obligationem, vt cum receptissima opinione scripsi infra cap. 9. vbi eam a quorundam obiectionibus defendi, vtique necesse est, iuramentum legis Ciuilis dispositionem tollere, & abrogare, vt possit validam hanc conuentionem reddere; constat enim ibi conuentionem validam esse non posse, vbi naturalis obligatio nasci non potest.

Quod autem iuramentum a priuato præstitum
3 possit legis Ciuilis dispositionem tollere, duplici ratione contingere potest, vel quia sic postulet natiua eius vis, ac potestas, vel quia ex lege positiua hanc fuerit nactum potestatem.

Posse autem suaptè natura iuramentum tollere, vel impedire legis positiuæ dispositionem, nullo modo admitti debet, quia scriptum est, iuramentū a priuato præstitum non posse iuri publico derogare: in eo enim semper excepta censetur superioris auctoritas, *cap. si diligenti, de foro competen. c. veniens, de iur. iuran.* quam sententiam eruditè, & solidè comprobat Clarissimus Theologus Franciscus Suarez *in prædicto tractatu de iuramen. lib. 2. cap. 28. num. 3. &* 4. & post eum Thom. Sancez *d. cap. 12. a num. 3.* vbi alios affert. Hocque verissimum esse aduersarij agnoscunt: hanc enim vim iuramenti, ex natura eius non deducunt, sed ex legibus positiuis, inter quas potissimè vrgent *Auth. Sacramenta puberum, C. si aduersus vend.*

4 Huius tex. & aliorum, qui adducuntur, sensum germanum, antequám excutiam, non est omittendum, legem tribuentem vim iuramento redendi validas conuentiones a lege Ciuili reprobatas, rationem facillimam ostendere eludendi multas iuris Ciuilis constitutiones, quibus genera quædam conuentionum, iustissimis ex causis interdicuntur Ciuibus, & ideò non est admittendum, eam latam fuisse, nisi ex vrgentissima causa: quis enim sibi poterit persuadere, Principem, cuius munus est, saluti Ciuium omni studio incūbere, sine idonea causa nouam edere constitutionem, per quam via aperiatur reddēdi inanes plures leges pro salute Ciuiū introductas? Videamus ergo, an aliqua causa excogitari possit, quę potuerit Principē mouere ad tribuendam huiusmodi vim iuramento: eam autem nos deducere oportet, vel ex eo, quod non expedierit Reipublicæ leges prædictas obseruari, vel quia hoc necesse fuerit, vt debitus Deo cultus exhiberetur.

5 Cum autem nemo aſſerere audeat, Reipublicæ inutile fuiſſe leges huiuſmodi cõſeruare; quis enim non videt, eas eſſe ſaluberrimas? de ſola Religione, & vinculo iuramenti agendum erit. Hoc autem non præſtitiſſe idoneam cauſam edendi huiuſmodi conſtitutionem, ea eo euincitur, quòd cultui Dei ſatisfit, ſi is, qui iurauit, promiſſis ſtet, etiã ſi conuentio inutilis maneat, vt probat tex. *in c. debitores, de iur. iur. & ex c. 4. de ijs, quæ vi, metuvè fiũt.* & iure meritò, quia, vt cultui Dei ſatisfiat, non eſt opus aliquid fieri, quod ex iurantis poteſtate non pendeat, & ideò non eſt neceſſe, vt conuentio valida reddatur, cum ex poteſtate iurantis id non pendeat, in quam ſententiam pluram efferrem, niſi intelligerem, hoc ab aduerſarijs in dubium non reuocari. Vide Bart. *in l. ſi quis pro reo, num. 9. ff. de fideiuſſ.* & alios relatos a Couar. *de pact. par. 2. §. 1. num. 7. verſic. ſecundò.* Io. Gutierez *de iur. par. 1. c. 33. num. 2. verſic. ſed aduerte,* vbi alios addit Surd. *deciſ. 548. num. 21.* Franc. Suarez *in tract. de iuramen. lib. 2. c. 25.* Tho. Sancez *d. c. 18. num. 58. 59. & 61. & c. 13. num. 5.*

6 At dices, licet hoc non fuerit neceſſarium, vt Religioni ſatisfieret, fuit tamen opportunum, quò magis, magiſque Deus cuius nomen in teſtem inuocatum fuit, coleretur. Reſpondeo, hunc cultum ad progreſſum ſpiritualem, & animarum ſalutem non pertinere, & ideò ſuperſtitioſus eſt, & indignus qui Deo exhibeatur, maximè, cum per illum aperiatur via eludendi conſtitutiones ſaluberrimas, vt explicant Caietanus *in Summa, in verbo ſuperſtitio,* & alij Summiſtæ *eodem verbo.* Nauarr. *in Manuali, c. 11. nu. 23. & 24.* Sayr. *in Clau. Regia, tom. 1. lib. 4. c. 4. n. 1.* Io. Azor. *to. 1. Inſt. Moral. li. 9. c. 11. q. 1.* Tho. Sãc. *ſuper Decal. li. 2. c. 37. n. 4. & 10.*

7 His expoſitis accedamus ad tex. *in d. Auth. Sacramenta puberum,* cuius verba ſic ſe habent. *Sacramenta puberum ſponte facta ſuper contractibus rerum ſuarum non retractandis, inuiolabiliter cuſtodiantur.* Vrgent illa verba *inuiolabiliter cuſtodiantur,* negãtque adimpleri poſſe, niſi vetitum ſit Iudici condonare iuramentum ei, qui iurauit, & cogere eum, ad cuius fauorem præſtitum fuit illud remittere, ſi enim ſecus eſſet, vtique iuramentum inuiolabiliter non cuſtodiretur. Aiunt etiam his verbis non ſatisfieri, niſi obligatio adimplendi iuramenti tranſeat ad hæredes, quia dum ipſi, qui vices defuncti gerunt, contractus ab eo factos reſcindũt, ipſemet, qui iurauit, reſcindere videtur: ergo hoc iuramentum reddit validas alienationes a minoribus factas de rebus immobilibus, quia ſi ſecus eſſet, licitum eſſet Iudici cogere eum, qui cum minore contraxit, iuramentum relaxare, *c. 1. de iur. iur.* & obligatio ad hæredes non tranſiret, quia obſeruantia iuramenti perſonam iurantis non egreditur.

8 Reſpondeo, iuramentum eſſe vinculum adeò perſonale, vt nullo modo poſſit egredi perſonam eius, qui iurauit, & ideò, cum agitur de obſeruantia iuramenti, quatenus iuramentum eſt, non poteſt de alterius perſona intelligi, quam eius, qui iurauit, vide Couar. *de pactis, p. 1. §. 5. num. 4. & in c. requiſiuiſti, nu. 2. de teſtam.* Suarez *de iuram. lib. 2. c. 31. nu. 2.* vbi quod eſt certa opinio Thom. Sancez, *d. lib. 3. c. 13. a num. 1.* Surd. *conſ. 194. nu. 24. & 25.*

Itaque dum ait tex. noſter, Sacramenta puberũ inuiolabiliter eſſe obſeruanda ad hæredes iurantis referri non poteſt, niſi velimus materiæ, de qua agitur, naturam, & proprietatem, in perniciem tot legum ſaluberrimarum excedere, ſed ad ipſummet minorem referri debet, cum autem his verbis excludi a facultate conſequendi relaxationem ab huiuſmodi vinculo non inficior. Nego tamen indè ſequi id, quod colligunt aduerſarij; quia inſimul hæc conſiſtere poſſunt, vt contractus inualidus ſit, & quod vinculum iuramenti nullo modo poſſit relaxari, vt in c. ſequenti a num. 11.

9 Quæ reſponſio etiam ſi eruditis ſatis ſit, vt tamẽ illis ſatisfaciam, qui non audent in dubium reuocare receptiſſimam ſententiam, quæ docet contractus minorum per hanc cõſtitutionem validos fieri, aliam addo reſponſionem ſolidiſſimam. Nempè tex. de omnibus contractibus a lege Ciuili reprobatis nõ agere, ſed de illis, qui a minoribus fiũt, & ideò non licet ex ea ad alias conuentiones arguere: quod enim contra rationem iuris introductum eſt, nec ad conſequentias trahi poteſt, *l. quod verò, ff. de legibus, c. quæ a iure com. de reg. iur. lib. 6.* hinc noſtri vbique inculcant leges correctorias de caſu ad caſum non porrigi, etiam ex identitate rationis. vide Iaſ. *in Auth. quas actiones, num. 22. C. de S. S. Eccleſ.* alios ſcienter prætereo.

10 Quod hoc in caſu facillimè recipi debet. Primò, quia ratio Religionis, & vinculi iuramenti, ex cuius identitate extenſionem deducunt, non fuit apta mouere Legislatorem ad ita cõſtituẽdum, vt paulò ante probaui, & ideo propter eam non licet legem extendere de caſu ad caſum: nã extenſionis fundm̃ conſtitui non poteſt ſuprà ratione impulſiua, vt conſtat ex Iaſ. & alijs relatis in c. ſeq. num. 5.

Secundò, quia hic agitur de læſione non vnius, ſed plurimarum legum, & quidem ſaluberrimarũ.

Tertiò, quia agimus de conſtitutione Federici Imp. qui pluribus verbis in ſuis cõſtitutionibus vti ſolet, qui propterea non fuiſſet locutus ſpecialiter de contractibus minorum, ſi omnes conuentiones reprobatas a lege Ciuili ſub ſua conſtitutione continere voluiſſet.

11 His accedit auctoritas Bonifacij VIII. Summi Pontificis, is enim *in c. licet mulieres, de iur. iuran. lib. 6.* non obſcurè inſinuat conſtitutionem hanc Federici ad fundi dotalis alienationem non pertinere, & per conſequens extenſionem, quam aduerſarij introducere volunt, non eſſe admittendam. Redarguit eo loci S. Pontifex quoſdam Iudices ſeculares, qui permittebãt mulieribus retractare dotalis fundi alienationes iuramento firmatas, eoſque iuris Canonici auctoritate reprehendit, ex tex. *in c. cum contingat, de iur. iur.* nullam prorſus faciens mẽtionem conſtitutionis Federici, quod vtique non prætermiſiſſet, ſi eius diſpoſitio ad dotalis fundi alienationem trahi potuiſſet, quia ad confirmandã legem ab ipſo latam, legis Imperialis auctoritas plurimum poterat, & quia ſolent Summi Pontifices legum Imperialium, quæ a decretis Eccleſiæ non diſcrepant, auctoritate vti, *vt in c. 1. & 2. de op. nou. nunc. & alibi ſæpiſſimè.*

12 Expoſito tex. *in Auth. Sacramenta puberum,* ad alios locos accedamus, qui deſumpti ſunt ex iure

Canonico,

Canonico, de quibus antequam disseram, nõ omitto S. Pontificem non disponere circa negocia merè temporalia, nisi quatenus necessarium est, vel valdè opportunum pro salute animarum, vt luculenter exponunt Cardinal. Bellarminus *lib. 5. de Rom. Pontifice, a principio per nonnulla capita.* Franc. Suarez *lib. 3. de legib. cap. 6.* Io. de Salas *eodem tract. disput. 7. sect. 4.*

13 Et ideò non possumus mihi persuadere, Summos Pontifices voluisse concedere vim iuramento reddendi validas conuentiones a legibus positiuis reprobatam, cum hoc nec necessarium, nec vtile fuerit pro salute animarum, & tẽdat in perniciem plurimarum legum saluberrimarum. Necesse quidem fuit leges Ciuiles, quæ iuramentum aduersus leges præstitum sperni concedunt, *vt in l. non dubium, in fin. C. de leg. & in l. iurisgentium, §. & generaliter, ff. de pact.* corrigere constituendo, vt iuramentum omninò custodiretur, non tamen expediebat constituere, vt etiam vim haberet reddendi validas conuentiones inutiles, & propterea a SS. Pontificibus hanc potestatẽ ei fuisse datã, non est admittendum, nisi euidentissimè id constiterit.

14 Ex textibus autem allegatis ab aduersarijs primò occurrit *c. cum contingat, de iur. iuran.* vbi sic ait S. Pontifex. *Cum contingat interdum, quod constante matrimonio mulieres alienationibus super rebus dotalibus, & donationibus propter nuptias consentiant, ne vlterius contraueniant proprio iuramento firmando: ac soluto processu temporis matrimonio, contrauenire nitantur, Vtrum hoc liceat a nobis tua fraternitas requisiuit. Nos autem fraternitati tuæ taliter respondemus, quod & si mulierum consensus in talibus non videatur obligatorius secundum legitimas sanctiones, ne tali tamen prætextu contingat viam periurijs aperiri, mulieres ipsæ seruare debent huiusmodi iuramentum sine vi, & dolo sponte præstitum, cum in alterius præiudicium non redundent, nec obseruata vergant in dispendium salutis æternæ.*

Ex his verbis intelligis S. Pontificem nihil aliud curare, quam vt periurijs occurreret, & propterea mandat iuramentum obseruari: ergo non constituit, vt iuramentum reddat validam alienationem fundi dotalis, cum hoc non fuerit necessarium ad euitanda periuria.

15 At dicunt aduersarij, dum constituit differentiã S. Pontifex inter iuramentum mulieris, & iuramentum per vim, vel dolo extortum, clarè ostendit iuramentum mulieris maiorem vim habere: ergo necesse est affirmare iuramentum a muliere præstitum reddere validam conuentionem, quia aliàs æqualis virtutis essent hæc iuramenta: nam etiam de iuramento per metum extorto dr̃, quod seruari debet *c. 3. & 4. de ijs, quæ per vim, metumve fiunt.*

Respondeo solitam esse Ecclesiam absoluere a iuramento metu extorto, *c. si verò, cap. verum, de iur. iur.* a iuramento autem, de quo agimus, Ecclesiam absoluere solere non legimus, immò id fieri nõ debere probaui infrà in cap. seq. In hoc ergo consistit differentia, quod a iuramento per iniuriam extorto, absolutio conceditur, ab eo autem, de quo agimus, nequaquam.

16 Quæ responsio duplici ex causa sine hæsitatione recipi debet. Primò, quia tex. de quo agimus, non continet legem aliquam generalem, sed respõsionem a S. Pontifice redditam cuidam Episcopo eum interroganti de viribus iuramenti a muliere fundum dotalem alienante præstiti, & ideò nõ ius nouum continet, sed veteris iuris dispositionem ostendit, & per consequens nihil amplius continere potest, quam iuramentum esse obseruandum, cũ non constet iure veteri fuisse constitutũ, vt habeat vim reddendi validas conuentiones reprobatas.

17 Secundò huiusmodi interpretatio recipi debet, quia a Bonifacij VIII. Summi Pontificis auctoritate nititur, is enim *in c. licet mulieres, de iur. iuran. lib. 6.* legem edidit generalem, per quam constituit, vt Ordinarij locorum cogant Iudices seculares ad obseruandum id, quod *in d. c. cum contingat,* continetur. Refertque breuiter huius tex. tenorem, & ait. *Licet mulieres, quæ alienationibus dotiũ, & donationum propter nuptias consentiunt, non contrauenire proprio iureiurando firmantes seruare iuramentum huiusmodi nec vi, nec dolo præstitum de iure Canonico teneantur.* Seruari debere ait S. Pontifex hoc iuramentum, nec aliud præterea addit: ergo manifestè sentit ex tex. nostro nihil aliud introductum fuisse, quàm vt iuramentum seruetur, alias non ita locutus fuisset, ne daret occasionem Iudicibus secularibus, qui ægrè ius Canonicum in hac parte seruabant, tergiuersandi.

18 Ex his facilè intelligimus, nihil prorsus suffragari aduersarijs tex. *in c. licet mulieres, de iur. iur. lib. 6.* cuius auctoritate vtuntur. Cum enim S. Pontifex nihil aliud statuat, quàm vt ordinarij locorum per censuras Ecclesiasticas cogant Iudices seculares obseruare id, quod habetur *in d. cap. cum contingat,* vtique nihil præterea continet, quàm eo loci habeatur, & per consequens nihil aliud ex hoc tex. colligi potest, quam cauendum esse, ne mulieres huiusmodi in periurium incidant, quod disertè Summus Pontifex indicat, cum ait. *Nos animarum periculis obuiare volentes, &c.*

19 Afferunt tertiò loco pro eadem sententia tex. *in c. 2. de pact. lib. 6.* Cuius verba hæc sunt. *Quamuis pactum patri factum a filia, dum nuptui tradebatur, vt dote contenta nullum ad bona paterna regressum haberet, improbet lex ciuilis, si tamen iuramento, nec vi, nec dolo præstitum firmatum fuerit ab eadem, omninò seruari debebit, cum non vergat in æternæ salutis dispendium, nec redundet in alterius detrimentum.*

Vrgent illa verba *omninò seruari debebit,* q̃ ad pactũ referri aiunt, non autem ad iur̃m, vt sit sensus, pactum si fuerit iur̃o vallatum, omninò debet obseruari: ergo iuramentum validum reddit pactum, quia si inutile esset, vtique non esset obseruandum.

20 Respondeo, vt etiam alij ante me animaduerterunt, verba prædicta, ad pactum referri non debere, sed ad iuramentum, vt sit sensus; si factum fuerit pactum, & mulier iurauerit, iuramẽtum omninò seruari debet, quã expositionem clarè probãt verba, quæ statim sequũtur. *Cum non vergat in æternæ salutis dispendium, nec redundet in alterius detrimentum.* Hæc enim ratio non esset idonea, si verba antecedentia ad pactum referantur, quia mala consequentia est, pactum non fuit dolo, vel metu extortum, nec alicui damnosum est, ergo obseruari debet, quia præter hæc, alia sunt pacta, quæ non

ſunt obſeruanda, illa ſcilicet, quæ a lege improbantur, iuxta tex. *in l. pacta, quæ contra, C. de pact & in l. non dubium, C. de legibus*, cuius generis eſſe pactum, de quo ibi agebatur, in verbis antecedentibus Sūmus Pontifex agnouerat.

21 Et hæc expoſitio confirmatur ex ijs, quæ ſuprà probaui, nempè nullam eſſe cauſam, cur hæc vis iuramento tribueretur, & Summum Pontificem non diſponere de negocijs merè ſecularibus, niſi quatenùs neceſſarium eſt, vel valdè vtile pro ſalute animarum: hinc enim ſequitur nos debere, quantum fieri poteſt, ſaluis verbis Summi Pontificis, eā interpretationem euitare, quæ hanc poteſtatem iuramento tribuat, & per conſequens nos debere verba prædicta ad iuramentum referre, non autem ad pactum, cum commodiſſimè id fieri poſſit. At dices alium intellectum fuiſſe a conſuetudine approbatum, & ideò non eſſe nobis permiſſum illum in dubium reuocare, *l. cū de interpretatione, ff. de leg.*

Reſpondeo huic conſuetudini errorem cauſam dediſſe, vt ex dictis conſtat, & ideò ex ea nihil inferri poteſt contra noſtram opinionem, vide *l. quod errore, ff. de legibus.*

22 Pro eadem ſententia alij afferunt tex. *in c. ſignificāte, de pignor. & in l. 1. C. ſi aduerſ. vendit.* ſed fruſtra, tex. enim *in d. c. ſignificāte*, reſpondetur ex ijs, quæ ſcripſi infrà cap. 3. *ad leg. 1. C. ſi aduerſ. vendit.* vt reſpondere ſolidè poſſim, eius verba exſcribo. *Si minor annis xxv. emptori prædij cauiſſe nullam de cætero te controuerſiam eſſe facturum, idque etiam iureiurando corporaliter præſtito ſeruare confirmaſti, neque perfidiæ, neque periurij me auctorem tibi futurum ſperare debuiſti.* His quidem verbis fit mentio alienationis prædij, ſed quod minoris prædium fuerit, ne verbum quidem. Et ideò non eſt, cur quis id velit affirmare, cum ſatis commodè, immò longè aptius verba tex. exponantur, dicendo prędium alienum fuiſſe, ſuper quo, licet litem mouiſſet minor, tamen eius alienationi deinde conſenſit, promittendo emptori, ſe amplius non eſſe ſuper eo cōtrouerſiam moturum; quæ interpretatio eo facilius admittenda eſt, quia regulis iuris Ciuilis conformis eſt: nam ſecundum illas iuſm aduerſus leges præſtitum non ſuffragatur, *l. non dubiū, in fi. C. de legib. l. iuriſgentium, §. generaliter, ff. de pact.*

23 Et ex his, niſi vehementer fallor, dilucidè omnia argumenta diſſoluta fuere, quæ pro ſententia affirmatiua afferuntur, & ideò non dubito contrariam ſententiam facilè receptam iri a Iudicentibus, qui publicam amant ſalutem: quid enim turpius eſt, & prudentibus viris indignius, quam ſequi opinionem euidenter falſam, & Reipublicæ pernicioſiſſimam, maximè, quia multi maximę auctoritatis viri eam reijciunt, de quibus Couar. *de pactis, p. 2. §. 1. num. 7.* & Vincentius Mancinus *in ſuo tract. de iuramento, par. 4. effectu 1. quæſt. 3.* quos non recenſeo, cum apud eos legi poſſint, & hanc opinionem in Gallia obſeruari teſtis eſt Ant. Faber *decade 28. errore 6. nu. 7.* & vti veram agnoſcit magnus ille Theologus Franciſcus Suarez *tract. de iuramento, lib. 2. cap. 29.* clarè enim negat, poſſe iuramentum conuentionem a lege reprobatam validam reddere, quod eſt illud, quod nos aſſerimus.

24 Et licet ipſe deinde contendat promiſſionem de non retractādo contractum aduerſus legis prohibitionem facto, iuramento validam reddi, non tamen id aſſerit, quia putet actum inutilem poſſe validum fieri per iuramentum; ſed quia exiſtimat, leges Ciuiles aliquas conuentiones reprobantes, non propterea irritare, & inefficacem reddere promiſſionem de obſeruandis huiuſmodi conuentionibus; quod cum per indirectum noſtræ noceat opinioni, breuiter oſtendamus legem Ciuilem irritantem aliquam conuentionem, irritare quoque huiuſmodi promiſſionem.

25 Hoc autem ratione primùm, auctoritate iuris deinde, demonſtrabo. Ratio eſt huiuſmodi. Non debet Legiſlator ſic legem ferre, vt eludi poſſit, & inanis reddi, quò pertinet regula iuris, quod vna via prohibetur, non debet per aliam concedi; ergo legiſlator, qui conuentionem prohibet, relinquere non debet poteſtatem per indirectum faciendi illud ipſum, quod vetat: ergo non debet permittere, vt valeat promiſſio de obſeruanda conuentione, quæ aduerſus leges facta eſt; quia per huiuſmodi promiſſionem legis prohibitio inutilis redditur, ad quam ratiocinationem firmandam pertinet tex. *in l. 5. ff. de pact. dotalibus.* Nec dicas huiuſmodi promiſſionem parere naturalem quidem obligationem, ſed tamen in foro externo nō valere; quia, aut mens Legiſlatoris eſt hanc promiſſionem irritare, aut non eſt. Si primum dixeris, verum eſſe nō poteſt negari, eiuſmodi promiſſionem eodem modo inutilem eſſe, ac eſt contractus principalis, cum eadem poteſtas, & voluntas eam infringat. Si verò ſecundum, infieiari non licet, eam poſſe Ciuilem quoque parere obligationem, cum ſecundum iuris naturalis regulas valeat, & nulla adſit lex poſitiua, quæ ei reſiſtat.

26 *Legis* auctoritate eadem aſſertio probatur ex *l. non dubium, C. de legib.* Vbi diſertè dicitur, quidquid aduerſus legis prohibitionem fit, inane eſſe, & irritum, & pro infecto haberi, & hanc prohibitionem non ſolum pertinere ad actum ipſum, qui contra leges fit, ſed etiam ad pacta, ſtipulationes, & iuramenta, quę in confirmationem actus huiuſmodi fiunt, quod cum optimè intelligeret S. Pontifex *in c. cum contingat, de iure iur.* dixit, conſenſum mulieris promittentis non retractare alienationē fundi dotalis (de hoc enim ibi agebatur, non de conſenſu in alienatione ipſa præſtito) a legibus reprobari, licet nulla ſit lex, quæ ſpecialiter prohibeat, mulierem promittere, ſe non eſſe retractaturam huiuſmodi alienationem.

27 Concludamus ergo, iuramentum non reddere validas conuentiones, quas lex Ciuilis ipſo iure reprobat, nec etiam efficere poſſe, vt valeat promiſſio de non retractando huiuſmodi conuentiones.

Hæc autem opinio longè facilius recipi debet, ſi adſit lex aliqua particularis, vt multis in locis reperitur, quæ iuramenti vires infringat directè, vel indirectè, præſumendo illud dolo, vel metu extortum, prò vt factū fuit in ſtatutis patriæ meæ *lib. 5. c. 4. & c. 24. & 25. & alibi:* nam licet veriſſimum ſit, non poſſe natiuam iuramenti poteſtatem per huiuſmodi leges imminui, vt oſtendi infrà c. 11. poteſtatem tamen confirmandi contractus, quæ ei a natura non competit, non eſt dubium, per legem

poſitiuam

positiuam etiam ciuilem posse tolli, idque optimè probat Alciat. *in c.cumcontingat, a n.134. vers.3. de iur. iur.* & admittit etiam Tho. Sanc. *super Decal. vol.1. lib.3. c.12. nu.50.* Rota *in recentioribus, p.1. decis.665. num.10.* quæ compilata fuit a R.P.D. Buratto I.C. equidem præstantissimo, & acutissimo.

28 Secundò huiusmodi opinio sine dubitatione recipi debet, si ex interuallo iuramentum accesserit. Nam cum lex Ciuilis reprobans iuramentum efficiat, ne naturalis obligatio ex consensu contrahentium aduersus legem oriatur, vt cum receptissima sententia probaui infrà c.10. vtique ex huiusmodi consensu non potuit vlla conuentio, tunc introduci, quia nihil erat, quod legis positiuæ effectum impediret. Ergo iuramentum superueniens non potest facere, vt ibi adsit contractus propter defectū materiæ, quod enim non est, confirmari nō potest.

29 Tertiò hæc opinio est obseruanda in illis regionibus, quæ leges Imperiales, & Canonicas de negocijs mere secularibus disponentes non obseruāt in vim Imperij, vt fit Hispania, & alijs in locis. Cū enim hæc potestas iuramenti ex iure positiuo descendat, nec necessaria, vel vtilis sit pro salute animarum, negari non potest, eam non posse in huiusmodi regionibus introduci aliter, quam per legem Principis, cui parent, & per consequens non potuisse ex legibus, ex quibus aduersarij hanc potestatem elicere student, in huiusmodi prouincijs introduci, nec expedire, vt introducatur, cum hæc res non pauca incōmoda afferat ciuibus, & maximo sit impedimento Principib. volentib. ex iustis causis cōmercia q̄dā extirpare ex suis prouincijs.

30 Quæ ratio efficit, vt nō sit verisimile decretum, quod alicui clausulæ vim iuramenti tribuit, sensisse de vi confirmandi contractus ex iustis causis reprobatis a iure communi, & ita tenere debemus quicquid scribat Surdus *de aliment. tit.9. quæst.24. nu.6.* Quis enim credat auctorem Decreti voluisse ciuibus suis relinquere facultatem inanes reddendi tot leges saluberimas? Quod si dispositio iuris cōmunis per statuta loci fuerit nominatim approbata, hæc opinio nullam patitur dubitationem, per ea, quæ idem Surdus scribit *decis.154. a nu.14. versic. tertiò* dicebatur.

De eadem re, an iuramentum reddat validas conuentiones a lege positiua reprobatas, cum ex pluribus causis ipso iure inutiles sunt, & quid referat, conuentionem per iuramentum validam fieri. Cap. II.

1 CVm homines sint faciles ad dissentiendum, non dubito aliquos futuros esse, qui ab opinione, quam in antecedenti capite abundè comprobauimus, discedere nolint, & ideò non erit inutile quærere, an huiusmodi opinio, esto, quod vera sit, habeat locum, cum contractus est inutilis ipso iure ex pluribus causis; in qua dubitatione alij aiunt, alij negant, vide Vincen. Mancin. *de iuramen. p.4. effect.1. quæst.3. a num.16.* Surd. *decis.154. a nu.11.* D. Stefan. Gratianum *lib.1. discept. c.27. a nu.37.* Card. Seraphin *decis.1184. num.15.*

2 Affirmantis sententiæ fundamentum est huiusmodi. Religionis vinculum reddit validam conuentionem a lege positiua reprobatam, cum ei iuramentum accessit: ergo non est distinguendum inter contractus ex vna tantum causa inutiles, & eos qui pluribus ex causis sunt inualidi. Sēper enim vrget Religio iuramenti, quoniam vtroque in casu sibi locum vendicat certissimum illud principium, iuramentū, quod non vergit in dispendiū salutis æternæ, nec in tertij pıudiciū, est obseruandū.

3 Hæc argumentatio speciosa quidem est, sed non valida, quod vt constet, præmitto iuramentum vi sua non habere potestatem reddendi validas conuentiones a lege Ciuili reprobatas, vt probant Suarez *de iuram. lib.2. c.28. a num.3.* Thom. Sancez *super Decalogo, lib.3. c.12. num.3.* quorum sententiam comprobaui c. antecedenti a nu.3. Cum ergo constitutiones, quas aduersarij aiunt iuramento hanc vim tribuisse, loquantur de contractu vna ex causa a lege Ciuili reprobato, scilicet tex. *in Authen. Sacramenta puberum, C. si aduers. vend. in c. cum contingat, de iur. iur. in c. licet mulieres, eod. tit. c.2. de pact. lib.6. c. significante, de pignor.* vt ex ipsarum lectione constat, vtique non possumus affirmare ex harum legum dispositione posse deduci hanc vim iuramento competere in casu, de quo agimus, aliter, quam per modum extensionis, trahendo decisionē earum de contractu ex vna causa reprobato ad eū, qui ex pluribus causis reprobatus est.

4 Ergo non est admittendum ex huiusmodi legibus hanc vim iuramento competere, quia iuris nostri principia extensionem hanc non admittunt, cum enim scriptum sit eas leges, quæ a regulis iuris recedunt, nec ad consequentias quidem trahi posse, *l. quod vero, ff. de legib. cap. quæ a iure comm. de reg. iur. lib.6.* nullo modo concedere debemus licere leges, de quibus agimus, trahere ad casum nostrum, quia non est dubium a iuris communis regulis, secundum quas iuramentum non potest validam reddere conuentionem reprobatam, eas plurimum discedere; maximè, quia ratio ex vinculo religionis deducta parui momenti fuit ad mouendum Legislatorem ad concedendam hanc vim iuramento, vt probaui in c. antecedenti a num.5. & ideò super ea extensionis fundamentum ponere non possumus: extensio enim ex ratione finali, non autem ex impulsiua, deducitur, vt post Mattesilanum scribit Ias. *in Authen. quas actiones, num.17. in fine, & nu.22. in fine, C. de S.S. Eccles.* Ripa *in l. constante, ff. sol. matr.* Euerar. *a ratione leg. larga, n.25.* Tiraquell. *cessante caus. limit.1. num.16.* quos refert, & sequitur Camillus Gallin. *de verb. signific. lib.6. c.12. a num.1.* idem scribit Suarez *de legib. lib.6. c.3. num.20. & 25.* & alij.

6 Videamus nunc quid referat, an conuentio valida per iuramentum reddatur: id autem, vt intelligamus meminisse oportet, ex conuentione valida iurata duas oriri obligationes: alteram ex conuentione: alteram ex iuramento, D. Thom. *2.2. q.89. art.2. ad tertium*, obligatur promissor ex conuentione, quia nihil magis conuenit homini, quam fidem seruare, *l.1. de constitut. pec.* obligatur ex iuramento, quia non debet homo negligere obseruantiam eius, quod Dei nomine inuocato promisit.

7 Cum autem obligatio ex iuramento descendens oriatur ex inuocatione Sanctissimi nominis Dei, ei

immediatè acquiritur, & per conſequens ex hac obligatione non poteſt is, cum quo facta fuit conuentio, vtilitatem capere directè, ſed indirectè tantum, prout neceſſe eſt, vt Deo debitus cultus tribuatur, *c.4. de ijs quæ per vim metum vè fiunt, c. debitores, de iur. iur.*

8 Maximi ergo refert intelligere, an iuramentum reddat validam conuentionem, quia ſi ipſa inefficax fuit, obligationem parere nõ poterit, *l. non dubium, C. de legib.* & ideò non poterit is, ad cuius fauorem facta fuit, ea directè vti, ſed prout neceſſe erit, vt Deo ſatisfiat; & per conſequens non poterit ea vti aduerſus alium, quam aduerſus eum, qui iurauit, quia obligatio ex iuramento deſcendens, cum oriatur ex inuocatione Dei, adeò perſonalis eſt, vt perſonam iurantis nequeat egredi, vide D. Thom. 1. 2. *quæſt. 98. art. 2. ad quartum.* Couar. *in c. requiſiuiſti, num. 2. de teſtam.* Thom. Sancez *ſuper Decalog. lib. 3. c. 13. num. 1.* & ſi de perſona hæredis eius, qui iurauit agatur, vide Couar. *de pactis, par. 2. §. 1. num. 7. verſ. ſecundo.* Gabr. *conſ. 3. num. 8. lib. 1.* Suarez *de iuram. lib. 2. cap. 25.* Molin. *de iuſt. & iur. tom. 1. diſput. 150. col. 2. verſ. eſt ver.* Vincen. Manc. *de iur. par. 4. effect. 5. nu. 3.* Thom. Sancez *ſuper Decalogo, tom. 1. lib. 3. cap. 13. num. 5.* Surd. *conſ. 194. num. 24. lib. 2.*

9 A quorum ſententia immeritò receſſit Abbas *in c. cum contingat, num. 8. verſ. placet, de iur. iur.* fundamẽtum enim quo vtitur, debere hæredem exonerare conſcientiam defuncti, nihil planè vrget, quia non læditur anima eius ex hoc facto: obligatio enim obſeruandi iuramenti extincta fuit per mortem, vt Deo ſatisfiat.

10 Vtque hoc euidentius appareat, conſidero duobus modis hæredem hac in re verſari poſſe, vel repetendo id quod defunctus tradidit, vel recuſando adimplere id, quod defunctus promiſit: ſi hæres repetat id, quod defunctus tradidit, euidens eſt eũ id facere, quod ius concedit, vbicumque enim cõuentio inutilis eſt, licitũ eſt repetere id, quod propter iuramentum datum fuit, *c. debitores, de iur. iur.* Si verò hęredes recuſent adimplere promiſſionem defuncti, idem dicendum eſt, quia nulla ſupereſt amplius obligatio: vinculum enim iuramenti per mortem eius, qui iurauit, extinctũ fuit, cũ mors omnia ſoluat, *§. deinceps, Auth. de nupt.* neq; enim obligatio ex inuocatione diuini nominis oriens ad hæredes, qui non iurauerũt, vlla ratione trãſmittitur.

11 Quod ſi is, ad cuius fauorem præſtitum fuit iuramentum in peccato verſetur, quemadmodum accidit in eo, qui per metum iuramentum extorſit, abſolutio concedi poterit a iuramento, vide tex. *in cap. verùm, de iur. iurand.* quod ſi verò ex parte eius turpitudo non verſetur, nullatenùs câm concedendam eſſe exiſtimo, iuramenti enim obligatio ex iure diuino, & naturali, quod immutabile eſt, deſcendit, & ideò ſine iuſta cauſa non poteſt remitti, vide tex. *in c. ſi verò, de iur. iur.* non dicitur enim adeſſe iuſta cauſa, quando, nec ex parte iurãtis, nec ex parte eius, ad cuius fauorem præſtitum fuit, peccatum adeſt.

12 Hocque eſt illud, quod inſinuat Federicus Imperator *in Authen. Sacramenta puberum, C. ſi aduer. vendit.* dum ait, *Sacramenta puberum inuiolabiliter eſſe cuſtodienda,* idem intelligit S. Pontifex. *in c. 2. de pactis, li. 6.* dum ait, iuramentũ de pacto de non ſuccedendo adiectum, omninò obſeruari debere; his enim in caſibus nullum eſt peccatum ex parte eius, cui iuramentum præſtitum fuit; nam licet contractus puberis res immobiles alienantis inutilis ſit, nõ tamen ipſe delinquit rem ſibi traditam, ex voluntate Domini retinendo. Is quoque qui hæreditatis paternæ partem filiæ, quæ ei renunciauit, non tradit, quia illam accipere negat, non peccat, quia hodie ius eſt filijs patris hæreditatem recuſare, *l. neceſſarijs, de aeq. hæred.*

13 Magna tamen inter hos caſus differentia eſt: nã cum filia recuſat hæreditatem paternam timore periurij, eius pars, quæ vacans eſſe non poteſt, alijs accreſcit, & pleno iure eis acquiritur: res autem, quam minor metu periurij ſinit eſſe penes eum, cui illam tradidit, pleno iure eius manet, quia non poteſt dominium transferre lege id fieri prohibente.

14 Hoc idem ſignificat S. Pontifex *in c. cum contingat, de iur. iuran.* dum apertè innuit iuramentum a muliere præſtitum in alienatione fundi dotalis magis ligare, quam iuramentum metu extortum: differentia enim in hoc conſiſtit, quia ab hoc iuramento non debet concedi abſolutio, cum tamen ab eo, quod fuit metu extortum, ſoleat concedi, *c. verum, de iur. iur.*

Pactum, vt noſtri loquuntur, legis commiſſoriæ in pignoribus, an iuramento confirmetur ad c. ſignificante, de pignor. ad l. fin. C. de pact. pignor. *Cap. III.*

1 CONſtantini Imper. auctoritate prohibetur lex commiſſoria in pignoribus, vt conſtat ex *l. fin. C. de pact. pignor.* an huic conſtitutioni ſit locus, cũ iuramentum pacto acceſſit, dubitant DD. vt conſtat ex interpretibus *ibi, & in cap. ſignificante, de pignoribus, in c. cum contingat, de iur. iur. & alijs in locis,* de quibus per Tiraquellum *de vtroque retract. in fine, a num. 129.* Vaſquez *de ſucceſſ. creat. lib. 3. §. 26. num. 47.* Gutierez *de contract. iurat. par. 1. cap. 33. num. 2.* Serafin. *de priuileg. iuram. priuileg. 131.* Vincent. Manc. *tract. de iuram. par. 4. effectu 184.* Ioan. Petrus Surdus *deciſ. 148. nu. 6. & nu. 21.* de eadem re agunt Ant. Faber *de erroribus pragmaticor. decad. 21. error. 8.* & D. Fachin. *lib. 10. controuerſ. c. 73.*

2 Dubitandi occaſionem præſtat id, quod legitur *in c. ſignificante, de pignoribus,* vbi S. Pontifex hanc facti ſpeciem proponit: *Significante D. Piſano iure nobis innotuit, quod cum domum ſuam G. Piſano Ciui pro 150. libris pignori obligaſſet, ac promiſiſſet, præſtito iuramento, quod niſi domum ipſam ſtatuto termino recolligeret, creditorem ſuper ea vlterius minimè moleſtaret: intrà ſtatutum terminum per certum, & fidelem Nuntiũ, (prout ei videbatur) creditori pecuniã numeratam remiſit, quam eidem Nuncius infideliter agens, ſicut ei iniunctum fuerat, non perſoluit, & poſtmodùm idem D. ab Imp. detentus, dictũ G. ſatisfacere non potuit vt debebat &c.* hãc inquam hypoteſim S. Pont. recenſet, & quid fieri mandauerit his verbis exponit: *Cum igitur legis cõmiſſoriæ pactum ſit in pignorib. improbatũ, & præfatus D. quantùm in eo fuit iuramẽti debitum adimpleuit, cum per eum quem certum Nuntium eſſe ſperabat, pecuniam remiſerit termino*

mino

mino statuto, & in captione detentus satisfacere non potuit creditori, Mādamus, quatenùs, si est ita, prædictam creditorem sorte contentum, pensionibus pignoris compatatis in eam, illam præfato D. omni dilatione postposita resignet, pacto tali, vel iuramento nequaque obstante, censura Ecclesiastica cogatis.

3 Qui aiunt pactum validum reddi, sic ratiocinātur: S. Pontifex non indistinctè ait pactum, & iuramentum debitori non obstare, sed ita demùm, si res ita sese habet, ac narratum fuit, si scilicet debitoris nulla culpa, aut mora adfuit: ergo, si culpa, vel mora extiterit, pactum & iuramentum obstabit: ergo iuramentum reddit validum huiusmodi pactum, quia si secus esset, debitori pactum nocere propter legis Ciuilis prohibitionem, non valeret.

4 Hac ratiocinatione non obstante, contrariam partem sequor: nam S. Pontifex dum ait: *cum igitur pactum legis commissoriæ sit in pignoribus improbatam*, clarè ostendit legem Ciuilem reprobantem hæc pacta pertinere etiam ad ea, quæ iuramento fuerunt vallata, aliàs perperam vsus fuisset eius auctoritate in huiusmodi casu, in quo iuramentum aderat: ergo, etiam hoc casu pactum erit nullum propter legis probibitionem.

5 Ex quo intelligimus iuramentum non sufficere, vt intelligatur actum inter partes, vt pro iusto pretio res vendita dicatur, quia non rectè dixisset S. Pontifex pactum, de quo ibi agebatur, legibus Ciuilibus reprobari, quia pactum prædicto modo cōceptum valet, *l. si fundus, §. fi. ff. de pign.* & ideò cauendum est a Couar. *de pactis, p. 2. §. 3 nu. 3.* Gutier. *de iuram. p. 1. c. 33. nu. 3. & 4.* qui contrariū docent.

6 Rectissimè autem S. Pontifex putauit legē Constantini hunc casum continere, quia vt valeat lex commissoria, necessè est, vt ille, qui sic paciscitur habeat facultatem rei suæ prædicto modo alienandæ, quam cum ei abstulerit lex Constantini, vtique eam proprio iuramento non potuit recuperare, & per consequens non potuit suā conuentionē ex legis prædictæ constitutione ope iuramenti eximere.

7 Contrariæ partis fundamētum, vt tollatur verba, ex quibus deducitur, recitabo, quæ sic se habēt. *Mandamus quatenùs, si est ita, prædictum creditorem sorte contentum pensionibus pignoris compatatis in eam, illam præfato D. omni dilatione postposita resignare (pacto tali, vel iuramento nequaquam obstāte) censura Ecclesiastica cogatis.* Illa verba, *quatenùs, si est ita,* referuntur ad illa verba *censura Ecclesiastica cogatis,* vt sit sensus, si constabit nulla ex parte debitoris culpam adesse, creditorem domum dimittere omni dilatione postposita, censura Ecclesiastica cogatis pacto tali, vel iuramento non obstante: vt ergo rectè argumentum concipiatur, sic arguere debemus: ergo si culpa ex parte debitoris extiterit, non cogatis illicò creditorem domum debitori restituere, quod nihil contra nos vrget; quia, vt statim tunc cogi non debeat, facit religio iuramenti, quæ cogit iurantem illud obseruare, etiam si contractus inutilis sit, *vt in c. debitores, de iur. iur.* Ita inquam concipi debet argumentum, non vt aduersarij faciunt: ergo si culpa adsit, pactum obstabit, & iuramentum, quia illa verba *pacto tali, vel iuramento non obstante,* non dispositionem continent, sed responsionem ad oppositionem, quæ contra Pontificis decisionem fieri poterat, & per consequens non admittunt argumentum a contrario sensu, hoc enim ex dispositione ipsa non aliundè colligi debere manifestum est, vide DD. *in l. 1. ff. de offi. eius.*

Alia argumenta pro hac sententia allegantur, quæ omitto, quia ex ijs, quæ scripsi sup. c. 1. diluuntur, ex quo loco multa etiam deduci possunt pro confirmatione huius sententiæ, quæ omitto, quia facilè id fieri potest.

Is qui iurauit soluere, an compensare possit ad cap. ad nostram il 1. de iureiurando. *Cap. IIII.*

1 AN debitor, qui iurauit soluere id, quod promisit, possit compensationem opponere, ambigui iuris est. Vide Couar. *de pactis, par. 1. §. 4. n. 9.* Olasc. *decis. 92.* Io. Gutierez *de iuramen. par. 3. c. 6.* Serafin. *priuileg. 74. a num. 35. vsque ad num. 162.* Suarez *de iuram. lib. 2. c. 37.* D. Fachin. *lib. 1. cap. 7.* Ant. Gabr. *de iur. iur. conclus. 7.*

2 Hæc quæstio, vt mihi videtur, in facto magis, quam in iure consistit; difficultas enim tota pendet ex intentione iurantis, & eius, ad cuius fauorem præstitum fuit iuramentum. Si enim is, qui iurauit ea mente iurauit, vt se præcisè ad solutionem astringeret, quis dubitare poterit ei nō licere compensationem opponere? Si verò iurauit quò magis teneretur, & vt arctiorem redderet obligationem suam, citra animum priuandi se hac exceptione, nemo vtique admittitur, ei nō licere hac exceptione vti, cum iuramentum vltra voluntatem iurantis non se extendat, *l. final.* vbi DD. *C. de non num. pecun.* & alibi, *vt in c. sequenti, nu. 3.*

3 Iudex ergo, cuius est munus quæstiones voluntatis decidere, *l. 7. C. de fideicom.* diligenter perpensis facti, & personarum circumstantijs, quæ fuerit voluntas contrahentium expiscabitur. In dubio autem existimare debet noluisse eum, qui iurauit hac exceptione se priuare, quia nimis durū est repetere id, quod retineri potest, experiētiaque testis est, homines difficilime huiusmodi exceptione se priuare: & ideò non est credendum eum, qui iurauit voluisse præcisè se obligare ad solutionē eo casu, quo compensare posset, maximè quia, nec verisimile est creditorem hoc ab eo exegisse, quia a boni, & probi viri officio id nimis alienum est. Quis enim vir probus exigit æs alienum ab eo, cui tantundem statim restituere tenetur? Nemo vtique, cum sibi hoc non valeat prodesse, & debitori, plurimùm nocere possit: quod si debitum, cuius compensatio opponitur, nondùm contractum fuerat, cum iurauit, res esplorata videtur; neque enim cogitauisse eos verisimile est de eo debito, quod nondùm contractum fuerat, idem est, si is, cui compensatio opponitur, non est facilis exactionis, & hoc non ignorabat is, qui iurauit.

4 Non obstat id, quod vulgo dici solet, iuramentum præcisè obligare ad factum, quia id intelligi debet, quando mens iurantis fuit se ad factum præcisè obligare: nam certum est eatenùs iuramentū obligare, quatenùs is qui iurauit, obligari voluit, itaque hæc regula non conuenit rei nostræ, quia in dubio præsumendum est debitorem hac exceptione

ne se

ne ſe noluiſſe priuare, etiamſi iurauerit ſoluere, quia ſolutionis appellatione compenſatio continetur, *l.4.§.ſoluiſſe,ff.de re ind. l. ſi debitor,ff. qui pot.in pignor. l.dediſſe, de verb.ſignif.l.ſolutionis,ff.de ſolut.*

5 Nec etiam obſtat text. *in c. ad noſtram, il primo de iur. iur.* quia ibi euidens erat voluntas paciſcentium, ne pignus repeteretur, antequam pecunia mutuata, aliter, quàm per compenſationem fructuum reſtitueretur: nã is, qui mutuauit, pro lucro fructus retinere volebat, vt colligitur ex ipſo tex. præcipuè in vltimis verbis; & ideò non eſt mirum, ſi exceptio compenſationis, & imputationis fructuum in ſortem non admittatur: perlege tex. & rem ſic ſe habere facilè intelliges.

6 Et ex his alia, quæ opponuntur facilè ſoluuntur. Non omitto tamen facilem debere eſſe Iudicem in ſequenda hac ſententia ad tollendas lites vtiliſſima. Nam metus periurij, qui ſolus ab aduerſarijs allegatur, ceſſat, ex quo tot grauiſſimi DD. exiſtimauerunt poſſe eum, de quo agimus compenſationem opponere, tot enim DD. auctoritas, & rationes ſuprà adductæ, valdè probabilem reddunt hãc opinionem, quod ſufficit vt is, qui compenſat excuſetur a periurio: nam is, qui probabilem opinionẽ ſequitur, etiamſi contraria ſit receptior in foro cõſcientiæ excuſatur, vide Azor. *tom. 1. Inſtit. moral. lib.2.c.16.& 17.* Thom. Sancez *tom.1. ſuper Decalog.lib.1.c.9.*

Tranſactio iuramento firmata, an obliget ſi facta fuerit poſt rem indicatam, ad l. ſi cauſa cognita, 32. C. de tranſact. *Cap. V.*

1 POſt rem iudicatam, de qua nulla extat controuerſia, tranſactionem factam inutilem eſſe clari iuris eſt, *l. ſi cauſa cognita, 32. C. de tranſact. l. eleganter 23. verſic.poſt,ff.de condict. indeb.l.& poſt rem indicatam, ff. de tranſact.* Si tamen iuramento fuerit firmata, eã in vim pacti valere ſcripſit Bart. *in l.ſi quis maior, eius nominis ſecunda, nu.9.ff.de trãſact.* quẽ DD. ſequuntur *ibi, & in l.1.ff.de tranſ. & in locis paulò ante allatis*, Io.Gut. *de iur. par.3.cap.4.n.6.* & alij plurimi, de quibus Seraph. *priuil.89.n.9.*

2 Moti ex eo, quod iuramentum habet vim clauſulæ, omni meliori modo, *l.cum pater, §. cum filius matrem, ff. de leg.2.* & quia iuramentum, quod non vergit in diſpendium ſalutis æternæ obſeruandum eſt, *c.2.de pact.lib.6.* cum ſimilib.

3 De huiuſmodi tamen opinione dubitauit Bald. *in d.l.ſi quis maior, nu.12.* & eam diſertè damnauit Lud.Rom. *in l.1.§.ſi quis ita, nu.25.26.& 27.ff.de verb. oblig.* eiſque aſſentior, eorumque rationibus omiſſis, hanc opinionem probo per *l. 1. ff. de tranſact.* dum ait: *Qui tranſigit quaſi de re dubia, & lite incerta neque finita tranſigit: qui verò paciſcitur donationis cauſa rem certam, atque indubitatam liberalitate remittit:* hinc enim ſequitur voluntatem eius, qui tranſigit ad pactum trahi non poſſe, quia non habet animum exercendæ liberalitatis: ergo iuramentum efficere non poteſt, vt tranſactio valeat in vim pacti; neque enim iuramentum conſenſus noſtri limites excedit, ſed ab eo regitur, & interpretationem accipit, vt explicat Aleiat. *in d.c.cum contingat, num. 287.* Tiraq. *in Præfat. l.ſi vnquam, nume.148.* Gabr. *de iur.iur. concl.4.a nu.3.* Seraph. *deciſ.969.num. 1. 2. 3. & 4.*

4 Cumque iuramentum vinculum iniquitatis eſſe non debeat, *vt in c.etſi Chriſtus, de iur.iur.* vtique non poterit efficere, vt is, qui errore ductus aliquid promiſit, quod alias non promiſiſſet, illud præſtare teneatur: conſenſus enim promittentis, ex quo omnis dependet conuentio, *l. 1. ff. de pactis*, per errorẽ excluditur, *l.ſi per errorem, ff. de iuriſd. omn.iud.* ergo non poterit efficere, vt tranſactio poſt rem iudicatam, valeat in vim pacti: nam non tranſegiſſet, ſi litem penitus finitam fuiſſe crediſiſſet: agimus enim de eo, qui contraxit, vt a lite diſcederet, & hæc eſt cauſa, cur eo caſu, quo conſtat partes tranſigere voluiſſe, non poſſit valere in vim pacti, etiam ſi adſit verba conuentionem, & pactum: aliud tamen ſcribit Bartol. *in l.ſi cauſa cognita, num. 6. in fine, C. de tranſact.* hoc etiam efficit, vt naturalis obligatio non naſcatur ex tranſactione: nam ſi ſecus eſſet, non eſſet locus repetitioni eius, quod ex ea ſolutum fuit, iuxta *l.eleganter, §. poſt, de condict. ind.* ex his tollitur fundamentum partis aduerſæ.

5 Iuramentum enim tres debet habere comites, iuſtitiã, veritatem, & diſcretionem, *c.etſi Chriſtus, de iur.iur.* & omnis eius poteſtas ex conſenſu iurantis reſtringitur, neque enim plus obligat, quam voluerit ſe obligare, is qui iurauit, & ideò quod dicitur *in d. §. cum filius*, iuramentum efficere, vt actus valeat eo modo quo valere poteſt, intelligitur, dũ-

6 modò non fiat contra mentem eius, qui iurauit, vide Iaſ. *in l.eam quam, num. 18. in 2.limit. C.de fideicom.* Couar. *in c. Raynaldus, §.3. num.10. verſ.tertio eſt intelligenda, de teſtam.& de pact.par.2.§.6.nu.3. verſ.decimaquinta, concluſ. 1.* Ferdin. Vaſq. *de ſucceſſ. progreſſ.lib.3.§.29. nu.6.* Io. Gut. *de contractib. iur. p.1.c.2. nu.8.* Seraph. *de priuil.iur. priuil.98. nu.4.*

Donatio cauſa mortis ab impubere dolica pace facta, An per iuramentum valida reddatur, ad l. 1. de tutel. & rat. diſtrah. *Cap. VI.*

1 DOnare non poteſt cauſa mortis eum qui impubes eſt diſertè ſcribit I. C. *in l. 1. ff. de tut. & rat. diſtrab.* ſi tamen donauerit, & donationem iuramento confirmauerit, eam valere ſcribunt Seraphin. *de priuileg. iur. priuil. 161.* Viuius *in com. opin. verbo pupillus, a num. 9.* & alij de quibus Craſs. *§. teſtamentum, q.20. num.4.* Vincen. Mane. *in tract. iuram. p. 4. effectu 247.*

2 Monentur primò ex not. per DD. *in Auth. Sacramenta puberum, C. ſi aduerſus vendit.* dùm docent ſacramenta impuberum non minus valere ad validandos actus nullos de iure ciuili, quam valeant iuramentum puberum.

3 Secundò, monentur ex *c. de illis, 9. de Sponſalib. impuberum*, dùm decidit in matrimonio contrahendo ætatis defectum per ſagacitatem ſuppleri: ergo idem eſt in hac donatione facienda; longè enim grauior actus eſt nubere, quàm cauſa mortis donare.

4 Tertiò, pupillus obligatur naturaliter, ſi doli capax ſit, *l.1. de nouat. cum ſimilibus*: ergo etiam Deo obligari poterit: ergo eius iuramentum validam reddet donationem, de qua agimus.

Quartò,

5 Quartò, quia iuramentum facit valere actum omni meliori modo, *l. cum pater, §. si filius matrem, C. de leg. 2.* ergo efficiet, vt donatio, quę causa mortis sustineri non potest, valeat velut donatio inter viuos, ita ratiocinatur post Corneum Seraph. *priuileg. 98. num. 17.*

6 Hæc fundamẽta nihil, vt mihi videtur, vrgent, & ideò his non morantibus ab hac opinione recedo, & eam a foro reijciendam esse existimo, cum fraudib. & dolis plurimis viam aperiat, & euidenter falsa sit; quod vt ostendere facilius possim insero verba d. l. 1. de tutel. & rat. distrah. *Nam sicut* ait I. C. *testamenti factio pupillis concessa non est, ita nec mortis quidem causa donationes permittendæ sunt*, Ex hoc tex. sic ratiocinor. Facultas donandi causa mortis, sicut facultas testamenti condendi ex iure publico, non ex singulorum potestate pendet: ergo non est in potestate eius, cui lex hanc denegat facultatem, propria auctoritate eam sibi comparare: ergo euidenter falsum est iuramentum efficere, vt hæc donatio ab impubere facta valeat, quia in potestate impuberis esset hanc facultatem ad libitum sibi vindicare, & leges publicas inanes reddere, donationem a se factam iureiur. confirmãdo,

7 Ad primum argumentum, omittendo ea, quæ scripsi hoc lib. c. 1. Respondeo valde controuersum esse, an ad confirmandos actus a iure Ciuili reprobatos, eiusdẽ potestatis sint iuramenta impuberũ, ac esse existimantur eorũ, qui puberes sunt. Plurimi enim id negant, de quibus per Tho. Sanc. *de matrim. lib. 6. disp. 38. a num. 16. & super Decalogo tom. 1. lib. 3. cap. 12. num. 28.* D. Fachineus *lib. 3. cap. 10.* quorum sententiam longe probabiliorem esse existimo, & ideò valde infirmum est hoc fundamentum ad rem tanti momenti introducendã, cuiusmodi est facultas donandi causa mortis.

8 Secundò respondeo eos, qui hanc vim iuramento impuberis tribuunt, agere de conuentionibus, & actibus, qui fiunt inter viuos, nos verò agimus de donatione causa mortis, quæ species est vltimæ voluntatis, cui propterea non potest adaptari ratio, propter quam aiunt iuramentum huiusmodi vim habere; inquiunt enim iuramentum tollere impedimentum legis positiuæ, & efficere, vt actus censeri, & iudicari debeat secundum iuris gẽtium regulas, ex quibus pendet, an iuramentum valeat, *c. nouit, de iudic.*

9 Hæc inquam ratio trahi non potest ad donationem, de qua agimus. Primò, quia incertum est, an huiusmodi donatio facta ab impubere doli capace valeat secundum iuris gentium regulas, immò valde probabile est eam non valere, quia non est verisimile gentes voluisse potestatem concedere disponendi in vltima voluntate ei, qui etsi sagax sit, & calidus quantum ætas fert, tamen non valet fallacias, & dolos detegere eorum, qui cum ad sibi donandum persuadent, idque nostri sentiunt, dum docent pupillum doli capacem non potest ad pias causas disponere, vide Bart. *in repet. l. 1. C. de S. S. Eccles. num. 18. vers. sed si est pupillus*, & ibi Bald. *nume. 2. in fine, vers. secundò quæro.* idem Bald. *in l. 4. num. 3. C. qui test. facer. poss.* & alij relati per Alex. *consi. 182. nu. 2. lib. 5.* per Clarum *§. testam. quæst. 5. versic. hinc infertur.* Tiraquell. *de priuileg. piæ caus. priuileg. 9.* Viuius *in verbo pupillus, num. 7.* Crassus, *§. testam. q. 17. num. 5.*

10 In huiusmodi enim dispositionibus regulæ iuris gentium, non autem legum Ciuilium attenduntur *c. cum esses*, & ibi omnes not. *extra de testam.* iuxta intellectum communem.

Secundò, hæc ratio non potest adaptari donationi, de qua sermo est, quia in vltimis volũtatibus, non regulæ iuris gentium, sed legum Ciuilium cõsiderantur, *l. si vnus, cum similibus, C. de testam.* traditum est enim neminem facere posse quin leges Ciuiles in suis testamentis locum habeant, *l. nemo potest, de leg.* & ideò etiamsi legis positiuæ vinculũ possit iurm tollere in contractibus, non tamen id admitti debet respectu vltimarum voluntatum.

11 At dices, iuramentum addit forum foro, & rem ad Iudicis Ecclesiastici notitia trahit, *cap. final. de iur. in 6.* ergo etiam vltimas voluntates iuratas trahet ad huiusmodi forum, & per consequens efficiet, vt non obstante defectu iuris Ciuilis, consistat donatio causa mortis, quia in hoc foro iuris gentium regulæ inspiciuntur, *c. cum esses, de testam.*

12 Nihil est, nam iuramentum tũc pertinet ad Ecclesiasticum Iudicem, cum agitur, cum eo, qui iurauit, secus est, si cum hærede eius, vel cum alio, qui non iurauit agatur, vide Alex. *cons. 151. nu. 9. lib. 7.* & alios de quibus Couar. *de pact. p. 1. §. 5. nu. 6.* Seraph. Senens. *priuileg. 67. a num, 22.* Thom. Sancez *super Decalogo, lib. 3. c. 13. a num. 11.*

13 Rursus oppones, testamentum carens solemnibus iuris Ciuilis in foro conscientiæ obseruandum est, vt scribunt plurimi, quos recensent, & sequuntur Mantica *lib. 2. tit. 14. num. 9.* Capiferreus *de numero testium, par. 3. c. 1. num. 45.* eandem opinionem defendit D. Fachin. *lib. 4. c. 5.*

Ergo & donatio, de qua agimus, valebit: ergo poterit donatarius vti denunciatione Euangelica contrauenientes ab intestato, iux. tex. *in c. nouit, de iudic.* & per consequens saltem hac ratione hæc donatio consistere, & valere poterit.

14 Respondeo dupliciter. Primò, D. D. ex aduerso adductos supponere facultatem testandi in eo, de cuius testamento agunt, & hac supposita, deinde quærunt, an testamentum nullum ob defectum solemnitatis in foro conscientiæ sit obseruandum? Si enim Rex facultatem disponendi denegaret, nulla esset dubitatio, quia vt actus etiam in foro conscientiæ valeat, duo requiruntur, voluntas, & potestas. Non pertinet ergo hæc res ad rem nostram, quia defuit potestas donandi.

15 Secundò, quia non desunt multi grauissimi auctores, qui contra prædictam sententiam sentiunt, quos recenset, & defendit acerrimè Couarr. *in c. cum esses, num. 6. de test.* quibus alios addit Cardin. Mantic. *loco supra allegato, nu. 8.*

Quorum numerus, & auctoritas proculdubio reddit probabilem hanc opinionem, vt propterea negari non possit excusari a peccato hæredes ab intestato venientes, qui illum sequuntur, iuxta tradita per Io. Azor. *tom. 1. Inst. moral. lib. 2. cap. 16. & 17.* per Thom. Sancez *tom. 1. super Decalogo, lib. 1. c. 9.* vt alios præteream, & per consequens non poterit esse locus denunciationi Euangelicæ, quæ peccatum mortale supponit, *c. nouit*, vbi D. D. *de iudic.*

Ad

16 *Ad c. de illis, de sponsalib.* Respondeo a iure certam ætatem non fuisse matrimonio præstitutam, vt præcisè obseruaretur; sed quia, vt plurimùm contingit homines in huiusmodi ætate aptos esse ad copulam, propterea de ea meminit specialiter, vide Gloss. *in d. c. de illis, verbo copula, vbi* Abb. *in fine*, Ant. de Butr. *vers. nec obstat*, hoc idem Abb. *in c. fin. nu. 6. vers. & ratio differentiæ, eodem tit.* Couar. *de sponsalib. & matrimonij, p. 2. c. 5. nu. 2. vers. hæc tamen ætas.* Thom. Sancez *de matrim. lib. 7. disp. 104. num. 5. &* per consequens non potest ad rem nostrã trahi, in qua certa ætas præcisè requiritur, *l. 5. de testam.* quam differentiam in proposito agnoscunt Abb. *in d. c. fin. num. 6.* & alij de quibus Crass. *§. testamentum, q. 20. num. 3.* vbi de communi.

17 Ad secundum respondeo, frustra quæri de obligatione eius, qui fecit donationem, cum de donatione causa mortis non possit quæri eo viuente; & ideò solùm quæri debet de potestate donandi; hac enim dempta, frustra donatarij donationem allegant.

18 Ad tertium respondeo, mentem donatoris fuisse causa mortis donare, eumq́ue noluisse inter viuos disponere; & ideò iuramẽtum non poterit efficere, vt valeat velut donatio inter viuos, id enim quod habetur *in d. §. filius*, non procedit quando offenditur mens iurantis, vt post alios probaui in c. antecedenti, num. 6. & est certissimum.

Iuramentum, an reddat efficacem fideiussionem pacto nudo, vel per epistolam factam, & quid si fideiussor in plus se obligauerit, quàm principalis teneatur, an obligetur si iuramento fideiussionem vallauerit, ad l. blanditus, C. de fideiussor. l. Græcè, ff. eodem tit. *Cap. VII.*

1 CVm fideiussio ad id inuenta sit, vt quis per eã in tutò ponat id, quod alius sibi debet, *l. 1. §. obligamur, de act. & obligat. & Instit. eod. tit. in princ.* non est dubitandum, ex iuris ciuilis censura nasci, vt verborum obligatione indigeat, *iuxta l. blanditus, C. de fideius. l. 5. §. satis acceptio, ff. de verb. oblig. l. hæreditatem, vers. & in summa, ff. mandat.* quia ad assequendum finem prædictum satis est, quomodocumque obligari eum, qui pro alio fideiubet; & per consequens satis est, eius voluntatem cum voluntate creditoris conuenire: ex hoc enim obligatio secundùm regulas iuris naturalis contrahitur, *l. 1. ff. de pact. l. 1. ff. de constit. pecun.*

2 Nunquid verò dispositio iuris ciuilis cesset, si iusiurãdum fideiussioni accesserit videamus, quod verius puto; licèt enim verius sit, iuramentum non posse reddere validas cõuentiones a lege ciuili improbatas, vt supra ostendi, c. 1. & 2. attamen quò ad rem nostram hoc nõ nocet, quia nulla extat lex, quæ fideiussionem aliter, quam per stipulationẽ factam annullet, licèt ius nostrum actionem deneget ei, ad cuius fauorem facta fuit fideiussio sine stipulatione: latum enim est discrimen inter hæc, quia, cum lex improbat cõuentionem, nulla oritur obligatio, *l. non dubium, C. de legib. l. pacta, quæ contra, C. de pact.* Cum verò actionem denegat, secus est, *l. 1. iuncta l. quia naturalis 12. ff. ad S. C. Maced. l. iurisgentium, §. sed cum nulla, iuncta l. si vnus, §. pactus ne peteret, ff. de pactis, l. frater a fratre, l. si id, quod, ff. de condict. indebit.*

3 Efficiet ergo iuramentum, vt fideiussor coram iudice Ecclesiastico agere possit, & postulare, vt cogatur ad obseruandum iuramentum, hoc enim ad Ecclesiæ Prælatos spectat, *cap. final. de for. compet. lib. 6.*

4 Immò in foro sèculari agi posse existimo ex iure ciuili nouissimo, de quo in *Auth. Sacramẽta puberum, C. si aduers. vendit.* Eo loci enim Fridericus annullauit veterum legum sanctionem in ea parte, In qua iusiurandum aduersus leges præstitum sperni cõcedebant, *iuxta l. non dubium, in fine, C. de legib.* & imperauit, custodiri iuramentum etiam si præstitum fuerit aduersus legũ: ergo eum, qui iurauit, cogi posse iuris auctoritate, permittit.

5 At dices tex. non de omni iuramento agere, sed de eo, quod præstitum fuit in alienatione rerum immobilium facta a minore: ergo non debet trahi ad rem nostram, quia specialiter constitutum est; agi non posse ex fideiussione aliter, quam per verborum obligationem facta.

6 Respondeo, Friderici constitutionem non esse legem nouam, sed eam iuris naturalis declarationẽ continere, quò ad vim, & potestatem iuramenti aduersus legis ciuilis præcepta præstiti, cumq́ue in ea habeatur hoc iuramẽtum inuiolabiliter custodiri debere, vtique per illud reprobatur veterum legũm iudicium, dum iuramentum huiusmodi sperni concedebant; & per consequens declarat obseruari debere legis naturalis regulas circa iuramentũ legibus positiuis aduersans. Ergo Friderici lex ad omnia pertinet, ad quæ se extendit præceptum iuris naturalis, quod ab ipsa declaratur: ergo ad rem nostram etiam spectabit, neque enim dubitari potest iuramenti potestatem ad nostram quæstionem se extendere.

7 Sed quid si fideiussor in plus se obliget, quam principalis debitor teneatur, an per iuramentum valida reddatur obligatio quò ad eã partem, quæ excedit principalis debitoris obligationem? Affirmant DD. nostri frequentissimo numero. Vide Couar. *de pact. p. 2. §. 6. num. 3.* Vasq. *de success. progress. lib. 3. §. 29. nu. 5.* Io. Gutierez *de iurament. confirmat. p. 1. c. 22. num. 4.*

Pro contraria parte acriter pugnat Ant. Enringius *in tractat. de fideiuss. cap. 10. a num. 94. vsque ad num. 113.*

8 Vt quid verius sit intelligamus, priùs admonere oportet duobus modis contingere posse, vt fideiussor se in plus, quàm principalis obliget, ignoranter, & data opera. Si ignoranter id fecerit, euidentissimum est, eum non obligari, quia eius mens non est donare, sed alienæ accedere obligationi, & per consequens eius obligatio, quæ non potest subsistere tamquam fideiussoris obligatio, *iuxta §. penult. Instit. de fideiuss. l. Græcè, eod. tit. cum similibus*, omninò corruit ex defectu consensus, ex quo iuramentum pendere plusquam manifestum est. Vide DD. *in c. veniens, de iur. iur. & suprà c. 5. num. 3.*

Si verò data opera id fecerit, tunc non deest dubitandi occasio, quia consensus non videtur deficere, cum scienter in plus se obliget, idem tamen dicendum esse reor. Cum enim quærimus, an fideiussor, qui

ſor, qui ſcienter in plus ſe obligauit, quò ad exceſſum obligetur, cum totam ſummam nomine fideiuſſorio promiſiſſe ſupponimus, & per conſequens conſtat diuerſis ex cauſis, eum noluiſſe obligari, ſed ex vna cauſa nempè, vt fideiuſſor: ergo in ea parte, quæ excedit, non poteſt introduci alias ſpecies obligationis diuerſum effectum habens, quia eſſet contra mentem promittentis: ergo non poteſt quò ad eam partem, quæ excedit, obligari, vt principalis, quia longè diſtat hæc obligatio ab ea, quàm fideiuſſorio nomine ſuſcepit, huiuſmodi enim obligatio donationem continet eius, quod promiſſum fuit.

9 Vtque hoc clariſſimè intelligamus, conſidero, toto cęlo diſtare promiſſionem factam animo fideiubendi, & eam, quæ animo donandi fuit contracta, itaque non poterit transferri obligatio fideiuſſoris in donationem, quia eſſet trahere actum vltra agentis intentionem. Ergo non poteſt valere obligatio, de qua agimus quò ad exceſſum vti obligatio per ſe facta, quia tunc in donationem conuerteretur obligatio fideiuſſorio nomine facta.

10 At dices; Cur ergo ſe in plus obligauit, ſi voluit vti fideiuſſor obligari? Reſpondeo, duas hic accipi poſſe interpretationes. Prima, eum donandi animo id feciſſe. Secunda, quod id fecerit, vt magis, magisque fidem debitoris extolleret, ſuamque patefaceret erga debitorem voluntatem. Prima non eſt admittēda, quia donatio non præſumitur, cum alia coniectura capi poteſt, *l. cum de indebito, de probat.* Maximè in caſu noſtro, in quo quis vti fideiuſſor promittit, quia nimis inter ſe diſtant fideiubere, & donare.

Ad id, quod aduerſarij allegant, iuramentum efficere, vt actus valeat omni meliuri modo, colligitur reſponſio ex dictis ſuprà c. 5. num. 6.

De poteſtate iuramenti in alienatione rei dotalis præſtiti ad c. cum contingat, de iur. iur. c. licet, eod. tit. lib. 6. *Cap. VIII.*

1 SAnxit Iuſtinianus, ne fundus dotalis alienaretur, iuſſitque alienationem inutilem eſſe, etiam ſi vxor viro alienanti conſenſerit, *l. vnica, §. penult. C. de rei vxor. act.* optima motus ratione, *ne ſexus muliebris fragilitas in perniciem ſubſtantiæ earum conuertatur*, experientia enim docuit non poſſe vxorē dili, voluntati mariti fundum dotalem alienari volentis, reſiſtere.

2 Sexus autem fragilitatem non conſiderauit Iuſtinianus per ſe, ſed propter damnum Reipublicæ, cuius intereſt mulieres eſſe dotatas, *l. 1. ff. ſolut. matrim.* Si enim ſexus muliebris fragilitatem fatis eſſe exiſtimauiſſet, vt non poſſent de ſuis rebus diſponere, non liberaſſet eas a perpetua tutela, in qua erant, vt eſt apud Vlp. in fragmen. nec eis permiſiſſet liberam rerum ſuarum adminiſtrationem, quod latius expoſui lib. 3. c. 7.

3 Si tamen mulier alienationi conſenſerit, & iureiurando eam firmauerit, tunc non licebit ei beneficio Iuſtiniani vti, vt clarè legitur *in c. cum contingat, de iur. iur.* vbi Innocen. III. Summus Pontifex inquit. *Cum contingat interdum, quod conſtante matrimonio, mulieres alienationibus, ſuper rebus dotalibus, & donationibus propter nuptias conſentiant, ne vlterius contraueniant proprio iuramento firmando: ac, ſoluto proceſſu temporis matrimonio, contrauenire nituntur, vtrùm hoc eis liceat, a nobis tua fraternitas requiſiuit. Nos autem fraternitati tuæ taliter reſpondemus; quod, & ſi conſenſus mulierum in talibus non videatur obligatorius ſecundum legitimas ſanctiones, ne tali tamen prætextu, viam contingat periurijs aperiri, mulieres ipſæ ſeruare debent huiuſmodi iuramentu ſine vi, nec dolo ſpontè præſtita, cum in alterius præiudicium non redundent; nec obſeruata vergant in diſpendium ſalutis æternæ.*

In eādem ſententiā ſic ſcribit Bonifacius Octauus *in c. licèt mulieres, de iur. iur. lib. 6. Licet mulieres, quæ alienationibus dotium, & donationum propter nuptias conſentiant, non contrauenire proprio iuramento firmantes, ſeruare huiuſmodi iuramentum, nec vi, nec dolo præſtitum de iure canonico teneantur; quia tamen quidam Iudices ſeculares eas contra præfatas alienationes audiunt; quamuis eis legitime conſtet de huiuſmodi iuramento: Nos animarum periculis obuiare volentes, eoſdem Iudices ad ſeruandum hoc ius Canonicum per locorum ordinarios cenſura Eccleſiaſtica decernimus compellendos.*

4 Religio ergo iuramenti efficit, ne mulier alienationem fundi dotalis aduerſus legem Iuſtiniani factam reuocare poſſit: at dices; cum iuramentum non poſſit eas conſtitutiones tollere, quæ propter publicum commodum factæ fuerunt, *c. ſi diligenti, de foro compet.* quomodo auſert mulieri beneficium conſtitutionis a Iuſtiniano editæ propter vtilitatē publicam? Huic oppoſitioni reſpondent Doctores communiter, vtilitatem publicam non principaliter, ſed ſecundariò fuiſſe hic conſideratam, ſed perperam, vt oſtendi lib. 3. cap. 7. vbi veram huius rei rationem explicaui, ad quem locum te relego, ne actum agam.

5 Circa hos iuris canonici locos nōnullę incidūt dubitationes, quas exponere operæpretiū eſt. Quarū prima eſt, an iuramentum reddat validam alienationem fundi dotalis aduerſus legem Iuſtiniani eā irritantis. Secundò, quid ſi mulier iurauit prius ſe non conſentire alienationi fundi dotalis. Tertiò, quid ſi mulier ſit minor 25. annis. Quartò, quid ſi habeat filios non habentes aliunde vnde ſe alant. Quinta dubitatio eſt, quid ſi emptor fundi dotalis ſciebat, maritū & vxorem eſſe pretium fundi luxurioſè conſumpturos. Sextò, quid ſi mulier ex bonis mariti valorem fundi dotalis deducere non poſſit.

6 Quod pertinet ad primam dubitationem, ex ijs, quæ ſcripſi in c. 1. huius libri expedita eſt, eo loci enim probatum fuit iuramentum non poſſe reddere validam conuentionem a lege poſitiua reprobatam, oſtendique contrariam ſententiam euidenter falſam eſſe, & egi etiam de intellectu tex. *in d. c. cum contingat, & in d. c. licet*, & oſtendi his in locis nihil aliud contineri, quàm mulierem non poſſe alienationem fundi dotalis impugnare ex verbis ipſorūmet tex. quare ad ibi dicta te relego, ne actum agā, & ad ſecundam dubitationem accedo.

Secūdò dubitatur, an iuramentū prius a muliere præſtitum de dote non alienanda efficiat, ne ſit locus diſpoſitioni horum textuum: de hac re tractant

ctaut gloſ.fin.*in d. c.licet. DD. in d.c.cum contingat.* Couar.*de pact.par.2.§.2.a num.2.* Ant.Gomez *ad l. Tauri 53.a num.58.*Bernar. *Regul.379.*Ant.Gabr. *concluſ.1.tit.de iur.iur.* Io.Gut. *de contractib. iuram. par.1.c.1.a num.79.* Seraph. *de priuileg. iuram. priuil.75.nu.44.& 76.num.13.*Hip.Rom. *Inſtit.quib. alien. licet,in princ. a nu.415.* Thom.Sancez *de matrim. lib.6. diſputat.13.* Vincen. Manc. *de iuramen. par. 4.effect.1.q.5.*

7 Ego duabus aſſertionibus rem hanc expedio. Prima hæc ſit: Quotieſcumque iuramentum præſtitum ſuit alicui,cui intererat rem non alienari,efficit,vt mulier poſſit retractare alienationem dotis iuramento firmatam; quia iuramentum in tertij præiudicium non valet, vt in prædictis textibus clarè legitur, & ideò optimè monet Couarr. idem eſſe,ſi per conuentionem validam abſque iuramento id mulier promiſiſſet; ſola enim conuentio ſatis eſt, vt ius acquiratur: non eſt autem in propoſito diſtinguendum, an emptor fundi dotalis ſciuerit, mulierem primum iuramentum præſtitiſſe, an ignorauerit; quia etiamſi deceptus fuerit, ſemper vrget ratio prædicta, quod iuramentum in tertij præiudicium non valet,nec obligat.

8 Secunda concluſio: Vbicumque mulier iurauit propter ſuam ſolam vtilitatem, tũc huiuſmodi iuramentum non efficit, vt diſpoſitio horum textuũ ceſſet; quia iuramentum præſtitum ad vtilitatem alicuius,non ligat,eo, cui præſtitum fuit,renunciáte iuri ſuo, vt explicant DD. *in c.1.de iur. iuran.* & plurimi alij, quos recenſet Thom. Sancez *lib.1. de matrim.diſput.52.num.6.*mulier enim,ad cuius vtilitatem iuramentum præſtitum fuit, dum alienat, & iurat,vtilitati,& commodo ſuo renunciat.

9 Nec valet, quod ex aduersò dicitur immò iuramentum videri præſtitum Deo, ex quo nulla adeſt perſona, cuius gratia mulier iurauerit; quia cum actus agentium non operentur vltrà eorum intentionem, non poteſt affirmari, mulierem in hoc iuramento mentem aliam habuiſſe, quam ſibi conſulere: iurauit enim,nõ vt rem piam, & gratam Deo faceret,ſed vt ſibi proſpiceret; quod eſt illud,quod attendi debet, quia ex mente iurantia dependet finis,& cauſa, propter quam iurat,ex qua cognoſcitur, an Deo præſtitum fuerit iuramentum, an ad ſui vtilitatem: ſicut enim mulier non teneretur iuramentum obſeruare, ſi ei remitteretur ab alio,cuius gratia iurauit; ita non debet eam obligare hoc in caſu,quo ipſa ſuæ vtilitati ſcientet,& ſpontè renuntiat; non minùs enim ipſa domina eſt ſuorum bonorum,quam ſit ille, cuius gratia iurauit.

10 Tertiò dubitatur, vtrùm diſpoſitio prædictorum textuum habeat locum cum mulier minor eſt 25.annis, & omiſſa diſtinctione de qua Alciat.*in c. cum contingat, a nu.130.*Hip. Riminal.*Inſtit.quib. alien. lic.vel non,num.429.cum multis ſeqq.* Seraph. *priuil.76.num.14.*concludo ei locum eſſe,quia metus periurij non minus tunc vrget, quàm eo caſu, quo ipſa iuſtæ ætatis eſt,licet enim minor 25.annis ſit, tamen periurij rea efficitur, ſi iuramentum, quod ſpontè,& ſcienter præſtitit, negligat.

Nec obſtat,qđ aduerſarij aiunt,iuramentũ non poſſe tollere plures defectus,& ideò non poſſe ſupplere defectum minoris ætatis, & validare contractum inutilem, quia id falſum eſt, cum de obſeruando iuramenti vinculo agitur. Religio enim iuriſiurandi ſemper vrget, etiam ſi enim mille adſint defectus,ſemper tamen verum erit, iuramentum,nec vi,nec dolo præſtitum obſeruandum eſſe, cum non vergit in diſpendium ſalutis æternæ,nec in tertij præiudicium.

11 Quartò quæritur,quid ſi mulier habeat liberos, an tunc ipſa poſſit impugnare alienationem dotis iuramento firmatam? Negatiuè reſpondeo, quia cum mulier ſit domina,dum viuit, neque enim ius aliquod in eius bonis filijs competit, iuramentum præſtitum eſt circa rem, de qua diſponere poteſt; & ideò non poſſumus dicere hoc iuramentum iuribus tertij præiudicium afferre eo ſenſu,quo dicitur in dd. textibus, iuramentum in tertij præiudicium non obligare,id enim intelligitur de iure, cui iurans non poteſt derogare, & licet filij mendicare cogantur, non tamen religio iuramenti offendi debet,eius enim maior, quam filiorum cura habetur:aliter tamen hanc rem exponunt Io.Fab.*Inſtit. quib.alien.lic.vel non,*vbi latè Riminal.*a nu.452.ad num.471.* Alciat.*in c.cum contingat, a nu.22.de iur. iuran.*Seraph.*priuil.77.num.15.*

12 Quinta dubitatio eſt, quid ſi maritus, & vxor, qui rem dotalem diſtrahunt, conſumpturi ſint luxurioſè rei dotalis pretium, hocque emptor non ignoret, an liceat tunc mulieri alienationem impugnare: idque non licere exiſtimo,quia propter religionem iuramenti mulier abſtinere cogitur ab impugnanda alienatione: ergo nihil detrahet viribus iuramenti hæc circumſtantia, non enim efficit, vt mulier, quæ iurauit, ſine diſpendio ſalutis æternæ poſſit iuramẽtum ſeruare, quòd eſt illud, quod inſpicitur,cum quæritur, an iuramentum ſit ſeruandum; & ideò culpa emptoris, qui rem emit ab illis,quos perdituros pecuniam eſſe ſcit, non eſt idonea cauſa credendi, Deum iuriſiurandi gratiam mulieri facere, cum peccatum vſurarij paciſcentis, & exigentis vſuras id non efficiat, *c. debitores, de iur. iuran.* alij aliter ſentiunt, quos refert, & ſequitur Hippol. Riminal. *Inſtit. quibus alien. lic. vel non,num.471.cum ſeqq.*

13 Sextò quæro, quid ſi mulier, quæ conſenſit fundi dotalis alienationi, non poſſet valorem eius a marito conſequi, ita vt dotem vniuerſam, vel magnam eius partem amitteret, an tunc iuramento ligetur? Reſpondeo, eam iuramento parere debere,quia potior eſſe debet religio, quam quodlibet mulieris incommodum; & ideò in prædictis locis non exigunt Summi Pontifices, vt mulier poſſit dotem ex bonis mariti deducere, ſed indiſtinctè aſſerunt, iuramentum eſſe ſeruandum, quod tamẽ non erat omittendum, ſi tunc iuramentum non ligabat,quia vis rationis,& verborum,qua vtuntur hunc caſum continet, & ita etiam docui lib.3. c.7. prope finem.

14 Non inficior tamen facilè Iudicem perſuaderi poſſe, vt exiſtimet mulierem dolo, & calliditate mariti perſuaſam fuiſſe ad iurandum, quo caſu iuramentum non impedit eam alienationem retractare, vide Theſaur.*deciſ.223.nu.9.* Vincen.Manc. *de iuram. par. 4. effect. 1. a num.3.* & alios, quos iſti recenſent, quorum opinionem intelligendam eſſe

reor,

reor, nisi causa propter quam alienationi consensit, eiusmodi fuerit, vt opus non fuerit dolo, vel calliditate, vt mulier consentiret, veluti si vtilius esse videbatur pecuniam habere, quam rem, etiam si enim vir nō bene opinatus fuerit, nō tamen sequitur eum, dum mulieri persuadebat alienationi cōsentire, dolosè versatum fuisse in hac re: idem est dicendum, si ipse habebat, vel putabat se habere, vnde mulier suam dotem deducere posset; cum enim mulieri persuadet, vt consentiat alienationi, quia dos ex eius bonis deduci poterit, dolo caret: idem est, si fideiussorem, quem idoneum existimabat, mulieri obtulit, dolus enim non præsumitur, cum alia capi potest coniectura, l. 6. C. de dol.

An lex ciuilis possit impedire ortum naturalis obligationis. Cap. IX.

1 MAximi momenti est hæc disceptatio, ex eius enim notitia infinitę propè dubitationes decidi, & tolli possunt. Posse legem ciuilem impedire ortum naturalis obligationis scribit Bart. in l. si non sortem, in principio, ff. de condict. indeb. & ibi Paul. de Castr. num. 2. in fine, & num. 3. Alex. nu. 1. & 2. Salic. num. 2. Socin. sen. num. 2. Bald. in l. non dubium, num. 20. in fine, C. de legibus. & ibi Castr. nume. 10. vers. sed quid si lex. Ias. num. 8. Bart. in l. cum lex, ff. de fideiuss. num. 3. cum sequen. & ibi Paul. de Castr. num. 2. Salicet. in l. pacta, quæ contra, C. de pact. nu. 6. vers. oppono septimò, vbi Socin. sen. nu. 1. & 2. Curt. iun. nu. 2. Purpur. num. 2. Alciat. prope finem, vers. sed nunquid ex his contractibus. Bart. in l. is cui bonis, num. 9. ff. de verb. obligat. vbi Castr. num. 12. in principio. Lud. Rom. num. 7. & 8. idem rursus dicit Bart. in l. 1. num. 8. ff. de nouat. & ibi Castr. num. 6. Socin. sen. in l. 1. num. 62. & seqq. ff. ad l. Falcidiam. Eiusdem opinionis est Ant. de Butrio in c. cum contingat, col. penul. de iur. iuran. vbi Abbas num. 5. post medium. Eandem assertionem admittunt DD. in l. cum quis, C. de iur. & fact. ignor. vbi Butrigar. in fine vers. nec obstat illud, quod dicunt Bald. num. 2. vers. & probatur sic, iuncto vers. vel potest dici. Salic. num. 1. vers. ad contraria respondeo. Paul. de Castr. num. 2. prope finem vers. quia licet. Ias. num. 7. vers. omissis. Ant. de Padilla num. 3. vers. neque obstat. Eandem doctrinam sequuntur DD. in l. 1. ff. de condict. indeb. vbi Bart. num. 3. in fine vers. non obstat quod dicitur Salic. nu. 8. in fin. iuncto vers. sed Petrus. Lud. Rom. nu. 10. vers. quintò probo. Alex. num. 5. & 6. Ias. nu. 19. vers. pro ista parte. idem Bart. rursus in l. seruus inscio, nu. 1. ff. de fideiuss. & ibi Castr. nu. 1. vers. aut pro causa non concernentur. Bellon. Instit. de obligat. in principio, num. 32. Fortunius in l. veluti, num. 11. de iust. & iur. Ruin. cons. 31. num. 6. in 2. Couar. de pactis, p. 2. §. 4. a num. 6. Gutierez de iur. confirmat. p. 1. c. 1. a nu. 39. Seraph. de priuileg. iur. priuileg. 107. num. 32. quam sententiam sequitur Franciscus Suarez in tract. de virtut. religion. tom. 2. tract. de iuram. lib. 2. c. 28. nu. 5. in fine, & num. 12. & 13. Thom. Sancez super Decalogo tom. 2. lib. 3. c. 12. nu. 12. & alij etiam Theologi, vt ostendit Ioannes de Salas tract. de legib. disp. 16. section. 12. num. 50. vbi num. 51. vers. ad quartum, ait erroneum esse contrarium asserere.

2 Contrariam sententiam tenent Ias. in l. si non sortem, in principio, nu. 3. vers. tu considera, ff. de condict. indeb. Ferdinan. Vasq. de success. creat. lib. 3. §. 30. nume. 12. cum sequentibus. Decius in l. pacta, quæ contra, num. 3. C. de pact. Capiferreus in tract. de numero testium in testam. requis. p. 3. c. 2. num. 68. & 69.

3 Receptæ opinioni fauet tex. in l. pacta, quæ contra 6. C. de pact. dum ait. *Pacta, quæ contra leges, constitutionesq́ue, vel contra bonos mores fiunt, nullā vim habere indubitati iuris est.* Nullam vim habent, ergo nec naturalem pariunt obligationem, quia si hanc parerent, falsò diceretur, eos nullam uim habere: ibidem est tex. in l. pactum, quod dotali 15. eodem tit. dum ait. *Pactum quod dotali instrumento comprehensum est, si pater vita fungeretur, ex æqua portione ea, quæ nubebat, cum fratre hæres patri suo esset, neque vllam obligationem contrahere, neque libertatem testamenti faciendi mulier patris potuit auferre.* Ex hoc pacto nulla cōtrahitū obligatio, ergo nec naturalis.

4 Eandem sententiam probat textus in l. non dubium, C. de legib. dum inquit. *Nullum enim pactum, nullam conuentionem, nullum contractum inter eos videri volumus subsecutum, qui contrahūt lege contrahere prohibente.* Cum enim vbi adest naturalis obligatio, ibi quoque adsit conuentio, sequitur legē, quæ sancit, ne contractus, conuentio, pactumve factum censeatur, vbi legis prohibitio adest, sancire quoque, ne naturalis oriatur obligatio, quem sensum clarè exprimunt verba, quæ paulò post in eadem lege leguntur, dū ait. *Vt ea, quæ lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia, sed pro infectis etiam habeantur.* Nam implicant insimul, obligationem naturalem oriri, & contractum pro infecto haberi.

5 Adiuuat hanc opinionem etiam tex. in l. ex eo 4. C. de inutil. stipul. dum ait. *Cum omnia, quæ contra bonos mores, vel in pactum, vel in stipulationem deducūtur, nullius momenti sint.* Si enim obligatio naturalis hinc oriretur vtique falsum esset, pacta, & stipulationes huiusmodi nullius momenti esse, cum multi sint, & præclari obligationis naturalis effectus.

6 Contrariæ sententiæ fundamentum in eo consistit, quòd obligatio naturalis oriatur ex consensu, & placito duorum in idē, l. 1. ff. de pact. itaque cum consensus sit quid facti (qua de causa dicitur in l. si vnus, §. pactus ne peteret, ff. de pact. in pactis versari factum, non ius) non potest impediri a Legislatore, & per consequens, nec naturalis obligatio, quæ ex eo descendit, non poterit impediri.

7 Huic opinioni fauet Theologorum sententia, qui passim docent, contractus nullos ex defectu solemnitatum iuris positiui obseruandos esse in conscientia, quod etiam ex nostris scribunt Abb. post Ant. de Butr. in c. 1. num. 19. de restitut. in integrum, Felin. in c. 1. nu. 39. & 40. de constit. Ias. in §. sed istæ, Instit. de actionib. num. 131. & 132. & in l. nemo potest, in prima lectura, num. 78. & 79 ff. de leg. 1. & alij multi, de quibus Capiferreus de numero testium in testamento requisito p. 3. c. 1. nu. 47. & 48. Io. de Salas in tract. de legib. disp. 16. sect. 12. in principio vers. ex actu, &c. Si enim ex his contractibus non oriretur naturalis obligatio, non essent obseruandi in foro conscientiæ, quia quò ad forum conscientiæ attinet, inspicitur, an quis naturaliter teneatur, vt docent omnes in c. nouit, de iudic. in c. 1. de pactis, & exploratum est.

8 Ego a recepta ſententia non diſcedo, & quoniã video totam difficultatem in eo conſiſtere, quia aduerſarij non intelligunt, quemadmodum poſſit lex ciuilis impedire, ne obligatio ex conſenſu præſtito oriatur, id breuiter, & planiſſimè oſtendam.

Conuentiones, quæ a nobis fiunt, vel pertinent ad rerum noſtrarum alienationem, vel ad obligandam perſonam, vel res noſtras: cum agimus de illis conuentionibus, quæ patrimonij alienationem, vel obligationem continent, euidens eſt ratio, qua lex poſſit efficere, ne ex huiuſmodi contractu oriatur vlla obligatio, adimendo ſcilicet facultatem alienandæ, & obligandæ rei in conuentionem deductæ; hac enim dempta facultate, impoſſibile eſt, contractum huiuſmodi conſiſtere; & per conſequens clarum erit, eum nullam poſſe parere obligationem.

9 De conuentionibus, quæ ſolam perſonam obligant nunc agamus, in his autem perficiendis duo termini neceſſariò requiruntur; alter, ex quo obligatio proficiſcitur; alter in quo obligatio conſiſtit, debitor ſcilicet, & creditor: nam vt quis obligetur neceſſe eſt, vt alteri obligetur, ex his duobus terminis, eſtò primum non ſubijci legis auctoritati, quia in facto conſiſtit, negabunt ne alterum terminum, qui in acquiſitione obligationis conſiſtit ex legis poteſtate pendere? non puto; ius enim habendi aliquid proprium in iure, non in facto conſiſtit.

10 Ad argumentum ſecundo loco propoſitum reſpondeo, huius aſſertionis auctores loqui, quando contractus ſecundum iuris naturalis regulas validus eſt, & per conſequens nõ agunt de eo caſu, quo lex poſitiua voluit impedire ortum naturalis obligationis, quia tunc huiuſmodi contractus, nec naturaliter validi ſunt, vt liquet ex dictis numero antecedenti, quòd ſi contenderis immò eos loqui etiã hoc caſu, dicam, me ijs non aſſentiri, niſi rationem idoneã ſuæ opinionis attulerint, quod nullus (quod ego ſciam) hucuſque fecit: hanc enim aſſertionem Theologi ſupponunt potius, quam probent, vt rectè monet Ioannes de Salas *tract. de legib. diſp. 16. ſect. 8. num. 23.*

An lex poſitiua poſſit adimere vires iuramento promiſſorio. *Cap. X.*

1 INſignis quæſtio eſt, an poſſit lex poſitiua iuramento promiſſorio natiuas vires adimere, de qua agunt DD. *in Auth. Sacramenta puberum, C. ſi aduerſus venditionem*, vbi Bald. *num. 5.* Caſtr. *nu. 11.* Salicet. *num. 26. 27. & 28.* Iaſ. *a num. 80.* Bart. *in l. omnes populi, num. 25. ff. de iuſt. & iur.* vbi Ioan. Bolog. *num. 97.* Abb. *in c. cum contingat, a num. 10. de iur. iur.* vbi reliqui interpretes de eadem tractant, idem Abbas luculẽter *in ſuis quæſtionibus, quæſt. 2.* Bald. *in l. non dubium, num. 27. C. de legib.* Alex. *conſ. 59. lib. 1. & conſ. 157. lib. 7.* Iaſ. *in l. fin. a num. 22. ff. qui ſatiſdare cogantur*, vbi Alex. plurimos vetuſtiorum interpretum locos indicat. De eadem re tractant Socin. iun. *conſ. 3. lib. 2.* Couar. *de pact. p. 1. §. 3. a nume. 7.* Hier. Gabr. *conſ. 8. a nu. 4. ad num. 12. lib. 1.* Petrus Barbos. *in l. 1. p. 1. a num. 70. ff. ſolut. matrim.* D. Fachin. *lib. 3. c. 3.* Ioan. Azor. *tom. 1. Inſtit. moral. lib. 6. c. 1. ante quæſtionem 5. verſ. quæ res*, & alij multi, de quibus Furrett. *conſ. 19. num. 18. lib. 1.* Lud. Molin. *tom. 1. de iuſt. & iur. diſput. 149. col. 6. verſ. ex his.* Fran. Suar. *de relig. tom. 2. tract. de iuram. lib. 2. c. fin. num. 14.* Thom. Sancius *tom. 1. ſuper Decalogo,*
2 *lib. 3. c. 22.* Ex his multæ, variæque colligi poſſunt ſententiæ, quas prætermitto, quia ex ijs, quæ dicturi ſumus facile confutantur, vna excepta, quam ſequimur, non poſſe ſcilicet legem poſitiuam directè, vel indirectè iuramento promiſſorio natiuas vires adimere: ideò autem dixi *natiuas*, quia id, quod iuramentum ex lege poſitiua habet, veluti eſt, ſecundum DD. vis confirmandi contractus inutiles, per legem poſitiuam poteſt abrogari, vt expoſui ſuprà c. 1. num. 27.

Huius autem noſtræ ſententiæ veritatem, vt aſſequamur, meminiſſe oportet, vim, & poteſtatem iuramenti ex virtute Religionis deſcendere; cum enim hæc non patiatur, Deum contemni, vtique non poteſt pati aliquem negligere obſeruare id, quod iureiurando promiſit, quia hoc in Dei contemptum redundaret.

Ergo plus quam manifeſtum eſt, nõ poſſe legem ciuilem directè adimere vires iuramento, quia cum non poſſit efficere, ne is, qui iuramentum negligit, Deum contemnat, vtique efficere non poteſt, vt is a peccati labe excuſetur.

3 Non eſt ergo, cur aliquis miretur ſi iuramentum ad confirmandos actus a lege ciuili prohibitos adhibitum, obſeruari iubeant Sacri Canones *in c. cum contingat, de iur. iur. in c. 4. de ijs, quæ metu, in c. licet, eod. tit. lib. 6. in c. quamuis, de pactis, lib. 6.* etiam ſi iure ciuili cautum ſit, vt in actibus a lege prohibitis interpoſitum iuramentum nullius ſit momenti, *l. non dubium, in fine, C. de legib. l. iuris gentium, §. & generaliter, de pact.*

4 Diſputemus ergo, an ſaltim indirectè lex poſitiua adimere poſſit vim iuramento, quod frequentiſſimis receptum eſt ſuffragijs, quadruplicem autem rationem id efficiendi reperio apud huius ſententiæ auctores.

Prima deducitur ex Bar. *in l. omnes populi, nu. 25. de iuſt. & iur.* Si ſcilicet lex præſumat iuramentum fuiſſe dolo, vel metu extortum. Nititur hæc opinio huiuſmodi fundamento: conſtat, legem poſitiuam ex iuſta cauſa poſſe ſtatuere, vt præſumatur factum id, quod fuiſſe factum non conſtat.

Item conſtat præceptum de obſeruando iuramento non pertinere ad iuramentum metu, doloue extortum, *c. cum contingat, de iure iuran. c. licet, eod. tit. lib. 6. c. 2. de pact. in 6.* Ergo cum lex poſitiua præſumit iuramentum dolo, vel metu fuiſſe extortum, liberat ab eius obſeruatione iurantem, quia iuris præſumptiones liquidiſſimæ probationes a noſtris appellari ſolent, vt per Alexan. *in l. licet Imperator, nu. 4. de leg. 1.* vbi Iaſ. *nu. 8.* & alij multi, quos recenſet Becc. *conſ. 52. nu. 93.* Menoch. *de præſumpt. lib. 1. quæſt. 36. a num. 3.* Honded. *conſ. 77. num. 24. lib. 1.* Surd. *deciſ. 170. num. 8.* & alij paſſim.

5 Hæc opinio (bona venia dixerim) errorem continet euidentem: nam cum is, qui iurauit, conſcius ſit, ſe nec metu, nec dolo inductum fuiſſe ad iurandum, vtique dum ſpernit iuramentum propter huius legis ſanctionem, veluti iuramentum per iniuriam extortum, aduerſus conſcientiam agit, &

proinde

proinde grauissimè peccat, *cap. litteras, versic. porrò, de restitut. spoliat. cum similibus.*

6 Insuper, cum quæritur, an iuramentũ obseruandum sit, quætitur an peccatum committat is, qui illud negligit, vt omnes sciunt, & probat tex. *in cap. cum contingat, de iur. iur. & in locis allegatis.* Ergo res hæc secundum regulas fori interni decidi, & terminari debet; igitur dũ de virib. iuramenti tractabitur, præsumptio ex lege positiua deducta allegari non potest, quia in foro conscientiæ veritatem de qua constat sequimur, non præsumptiones.

7 Secunda ratio adimendi indirectè vires iuramẽto in eo consistit, vt lex positiua, quæ aliquos actus interdicit, obliget subditos ad sui obseruationem sub culpa lætali. Hinc enim sequitur, vt is, qui facit contra hanc legem mortaliter peccet, & ideò iuramentum interpositum pro cõfirmatione actus interdicti erit nutritiuum peccati, quia efficit, vt ille, qui iurauit perseueret in contemptu legis obligantis sub lætali culpa, & per consequens non erit aptum ligare iurantem.

8 Hæc ratio, quæ valdè spetiosa est, non est solida, quod vt intelligamus, meminisse oportet, nos agere de actibus a lege reprobatis, in qbus agitur solũ de cõmodo, & vtilitate iurantis: hoc supposito dico, legem positiuã obligare quidè posse sub culpa mortali eos, quia actus aliquos faciũt iusta ex causa interdictos, cum materia peccati mortalis capax est; nego tamen, eam posse statuere, vt is, qui actum huiusmodi fecit, peccet, si nolit eum reuocare, cum iureiurando illum confirmauit, quia hac ratione lex eum impediret exhibere reuerentiam Deo Optimo Maximo, cuius nomen in promissione inuocauit, & licet politica aliqua causa excogitari possit, cur expediat, obligari posse priuatos ad huiusmodi actus resciſsionem, non poterit tamen fieri, quin semper melius sit, eum, qui iurauit, vt iuramento satisfaciat, proptium commodum negligere, & per consequẽs, fieri non poterit, vt ipse sub mortali ad eum rescindendum obligetur quoties de solo eius incommodo agitur.

9 Nec te moueat eum qui actum interdictum facit, & iurat peccare, quia mala consequentia est; ergo iuramentum nõ est seruandum, vt docet tex. *in c. & si Christus, de iur. iur.* dum ait. *Et quamuis non sit per Creaturam iurandum, si tamen iuretur per Creaturam, seruandum est quidem, dummodò sit licitum, quod iuratur,* idẽ habetur *in c. mouet, 22. q. 1.* de qua re luculenter, & subtiliter agit Franciscus Suarez *tom. 2. de Religione, tract. de iuram. lib. 2. c. 24.* Card. Seraph. *decis. 782. num. 4. cum sequentibus.*

10 Tertius modus infrigendi uires iuramenti indirectè proponitur a Thom. Sancez *super Decalogo, tom. 1. lib. 3. c. 22. nu. 10.* dum ait. *Quamuis Princeps secularis nequeat sua lege iuramentum præstandum irritare directè, & immediatè, vtpotè quod est vinculum spirituale eius facultatem excedens, at potest indirectè, & remotè, nempe irritando contractum humanum antequam ineatur, quo omninò destructo, destruitur, & irritatur consequenter iuramentum in ipso fundatum.* Huic opinioni obstat non esse opus, sed obstat, vt iuramentum consistat, vt contractus, super quo præstatur, valeat, vt probat tex. *in c. debitores, de iur. iur.* nam conuentio de soluendis vsuris inutilis est, ac irrita, & tamen iuramentũ ei adiectum obseruandum est, & iure merito, quia, licet deficiat vinculum iuris propter legis positiuæ prohibitionem, quæ conuentione pęnitus destruit, tamen adest vinculũ Religionis, quod satis est, vt is, qui iurauit, fidem seruare teneatur, etiam si nulla sit conuentio.

11 Quartus modus, & vltimus, qui proponitur a nostris, vt ostendant legem positiuam posse indirectè adimere vires iuramento, in eo consistit, vt lex debitori condonet ius ex iuramento quæsitum ei, ad cuius fauorem pręstitum fuit; fundamentum huius opinionis est huiusmodi, constat, Legislatorem posse ex iustis causis de rebus subditorum disponere, vt accidit in præscriptione, *& in l. fin. ff. de rei vend. in l. extat, de eo, quod metus causa, in l. si quis in tantam, C. vnde vi, & in S. C. Macedoniano*, & ideò non est dubitãdum, licere Legislatori ex iusta causa ius quæsitum ex conuentione iurata debitori condonare, quo facto certum est, iuramentum non obligare, *vt in c. 1. de iu. iur.* Ergo lex hoc in casu remittendo ius ex iuramento quæsitum debitori efficit, ne ex iuramento aliquo modo obligetur.

12 Aduersus hanc sententiã duo vrgent. Primò naturalem obligationẽ videri adesse etiam si lex debitori debitum cõdonauerit, vt accidere videmus in S.C. Macedoniano *l. & quia, ff. ad S.C. Maced.* quæ obligatio dubio procul sufficit, vt iuramentum sit efficax, vt optimè probat Suarez *tom. 2. de virtute Relig. tract. de iuram. lib. 2. c. 28. nu. 13.*

Secundò obstat, quia is, qui facit actum a lege reprobatum, scienterque eum iureiurando cõfirmat, renuntiare videtur benefitio legis remittẽtis ei debitum; dum enim scit, legem debitum sibi condonare, & tamen iureiurando, se fidem adimpleturũ esse affirmat, vtique promittit implicitè se non esse vsurum eius benefitio: nã insimul hæc nequeunt consistere, quod velit vti huiusmodi benefitio, & quod velit fidem adimplere, & propterea ei non suffragatur benefitium legis positiuæ, quia propter renuntiationem iuratam eo vti non potest.

13 Quid dicendum? Existimo legem condonando debitum posse, si velit omninò debitorem liberare, quod si secus accidit in S. C. Macedoniano, defectus fuit voluntatis, non potestatis; non puto tamen hanc remissionem suffragari debitori, nisi legis benefitium ignorauerit, quia cum illud nõ ignorat, ei renuntiare censetur, promissionẽ iureiurãdo confirmando. Nec dicas, legẽ posse ei auferre facultatem renuntiandi huic iuri, quia id concedo; nego tamẽ, hinc sequi, quia iuramentum obliget, quia vt ex eo oriatur obligatio, non est necesse, vt conuentio, cui adiectum fuit, valeat, *c. debitores, de iur. iur.*

Hæc est mea de hac re sententia, si quis his non est contentus, adeat DD. allegatos nu. 1. præcipuè Abbatem in disputatione edita, & Thom. Sancez loco ibi indicato.

De potestate iuramenti aduersus bonos mores præstiti ad cap. non est obligatorium, de reg. iur. in 6. *Cap. XI.*

NOn est obligatorium aduersus bonos mores præstitum iuramentum *ait tex. in c. non est obligato-*

rium, de reg. iur. lib. 6. an hoc ſit intelligendum indiſtinctè videamus. Huncque textum eſſe accipiendum de bonis moribus, quorum inobſeruantia peccatum parit docent noſtri communiter, Bal. in l. pacta, quæ contra, C. de pact. & ibi Caſtr. num. 3. & 4. Aret. post principium, dicendo ſatis eſſe, vt peccatum ſit veniale, Iaſ. num. 3. & 4. Purp. num. 8. & 9. vbi idem admittit in peccato veniali Dec. in l. pactum quod dotali, num. 3. C. de pactis, vbi Purp. nu. 6. Alciat. col. 3. verſ. ſed cur. Idem Alciat. in c. cum contingat, num. 78. de iur. iur. Aret. in §. æquè, num. 4. in fine, Inſt. de except. Alea. conſ. 21. num. 14. lib. 3. conſil. 36. num. 4. lib. 7. Dec. conſ. 655. num. 16. Rol. conſil. 98. nu. 16. & 17. lib. 1. vbi alios refert Honded. conſ. 40. num. 61. lib. 1. Vaſq. de ſucceſ. creat. lib. 3. §. 28. limitatione 31. a num. 9. Io. Gutierez de contractibus iuratis, p. 1. c. 7. num. 15. & c. 59. num. 6. Thom. Sanc. ſuper Decalogo, lib. 3. c. 9. nu. 30. Vincen. Mancinus de iuram. p. 4. effect. 62. num. 15.

2 Quæ interpretatio retinenda eſt, quia iuramentum, quod nõ vergit in diſpendium ſalutis æternæ, nec in tertij præiudicium, cuſtodiri debet, ſi non fuerit dolo, aut metu extortum, c. cum contingat, de iur. iur. c. quamuis, de pact. lib. 6. cum ſimilibus. Si enim indiſtinctè negligeretur iuramentum contra bonos mores præſtitum, vtique non rarò contingeret, negligi iuramentum, quod non vergit in diſpendium ſalutis æternæ, cum non ſemper contingat ea, quæ contra bonos mores ſunt peccatum continere.

3 Mos apud Latinos ſignificat inſtitutũ vitæ conſuetudine firmatum, & ideò vitæ inſtituta ex politica, ciuilique ratione deprompta, cum conſuetudine firmata fuerunt, boni mores ſunt, & proindè non omne iuramentum bonis moribus aduerſans peccati nutritiuum eſt, idque multis exemplis poteſt confirmari.

4 Illa ſtipulatio, per quam liberam teſtandi facultatem quis ſibi adimit, eſt contra bonos mores, l. ſtipulatio hoc modo concepta, de verb. oblig. eam tamen ſi quis obſeruauerit in nullum vtique incidit peccatum, quod etiam accidit in eo, qui obſeruat pactũ, quod fecit cum patrono cauſæ de quota litis, etiam ſi bonis moribus conuentio huiuſmodi aduerſetur, l. ſalarium 7. ff. mandat. l. litem 15. C. de procur. Idem obſeruare facilè poſſumus in ſtipulatione pœnali ſponſalibus adiecta, quę bonis moribus aduerſa eſt, l. Titia 134. ff. de verb. oblig.

5 Neque propterea notandi ſunt iuris Canonici compilatores, quòd indiſtinctè loquuti fuerint, quia cum pluribus huius iuris locis habeatur, iuramentũ, quod non vergit in damnum ſalutis debere obſeruari, vbicunque de tertij præiudicio non agitur, ſi non fuerit metu, aut dolo extortum, iuſtiſſimam cauſam habuerunt exiſtimandi, quemlibet facilè eſſe intellecturum bonos mores ibi, intelligi, quorum neglectus culpam continet, materia enim iuramenti, vt ſępius fuerat declaratum, ex eo pendet, an iuramentum abſque diſpendio ſalutis poſſit obſeruari.

6 Cumque iuris Canonici auctores iuſſerint obſeruari iuramentum de ſoluendis vſuris præſtitum, etiamſi vſuræ a iure naturali diuino, & Pontificio damnẽtur, c. debitores, de iur. iur. quis putabit eos paſſuros eſſe ex eo negligi iuramentũ, quòd ciuilibus, & politicis inſtitutis aduerſetur? vt nõ poſſim ſatis mirari Marianum Socinum iuniorem, acutũ alioquin iuris interpretem, in hanc ſententiam iuiſſe, vt putauerit hanc idoneam cauſam eſſe, vt iuramentum ſperni poſſit in l. ſtipulatio hoc modo concepta, n. 51. & 52. ff. de verb. oblig. Denique ſi ex eo liceret gratiam iuſiurandi facere, quòd ciuilia, politicaque inſtituta offendantur, cur iuſiurandum obſeruari debet, cum præſtitum fuit in dotium alienatione, quarum conſeruatio tanti eſt in Republica momenti, l. 1. ff. ſolut. matrim. ad cuius rei confirmationem pertinent ea, quæ ſcripſi in c. antecedenti.

7 Cauendum eſt itaque a Didaco Couarr. de pactis, p. 2. in princ. dum poſt Fortunium docet iuramentum aduerſus bonos mores ciuiles, & politicos præſtitum, non eſſe obſeruandum, quod etiam docent Seraph. priuileg. 20. num. 26. & 27. Theſaur. deciſ. 31. num. 5. D. Fachin. lib. 8. cap. 73. col. 3. eorum nanque fundamentum ex dictis ſublatum eſt. Ex ijs enim, quæ hucuſque ſcripſimus, non omnes bonos mores ex naturali ratione dependere conſtat. Quod ſi rationis naturalis vires diligenter acutè perpendimus, vtique intelligemus eam nobis permittere, vt quilibet poſſit ei, quam ius publicum liberam teſtandi facultatem conceſſit, renuntiare: nam vbique natura clamat poſſe quemlibet priuilegijs ſibi conceſſis renuntiare, eademque dictat nos poſſe litium quotã largiri aduocato, cũ modica ſpes eſt victorię: cumque quis nuptias alicuius anxiè deſiderat, cur non poterit pœnali ſtipulatione ſpem nuptiarum certiorem reddere? nulla vtique cauſa adferri poteſt, ſi intra meros naturæ terminos conſiſtamus.

8 In cognoſcendo autem, an bonorum morum inobſeruantia peccatum cõtineat, inſpici debet perſona eius, qui iurauit, etiam ſi enim ex parte eius, ad cuius fauorem præſtitum fuit iuramentum, culpa ſit exigere id, quod iureiurando promiſſum fuit, iuſm tamen eſt obſeruandum, ſi ea parte iurantis culpa non committitur adimplendo promiſſa, textus eſt apertus in c. debitores, de iur. iur. vbi gloſſa in verbo reddere. Ant. de Butr. in prima oppoſitione. Abb. in 2. not. & num. 5. verſ. ſatis enim eſt. Felin. nume. 2. verſ. tamen dicis, & num. 7. Abbas in c. cum contingat, nu. 5. verſ. quandoque lex, eod. tit. Iaſ. in l. finali, nu. 21. in fine, C. de indict. vid. toll. Guid. Pap. deciſ. 80. num. 3. & deciſ. 581. num. 3. Couar. p. 2. de pactis, §. 3. num. 2. verſ. ſupereſt. Seraph. priuileg. 116. num. 7. in fine, & num. 8. Vincen. Manc. qui alios allegat de iuramento, p. 1. q. 6. num. 11.

9 Immò neceſſe eſt, vt obſeruare iuramentũ ſuaptè natura, & directè peccatum contineat, Alexan. conſ. 28. num. 10. verſ. non obſtat, lib. 3. Abb. conſ. 95. col. 3. verſ. nec iſta cauſa, lib. 2. Dec. conſ. 202. num. 3. Alciat. in c. cum contingat, num. 79. de iur. iur. Seraph. priuileg. 20. num. 23. Gutierez de contractibus iuratis, p. 1. c. 3. num. 2. verſ. ſed rationes, & num. 7. propè finem. Si enim ex obſeruantia iuramenti peccatum oriretur per accidens, & indirectè, non eſſet ſatis, vt is, qui iurauit ab eius obſeruantia excuſetur, quia quæ principaliter fiunt conſiderantur, non autem ea, quæ in conſequentiam veniunt, l. ſi quis nec cauſam, vbi DD. ff. ſi cert. per. D. Thom. 1. 2. q. 6. artic. 3. & 2. 2. q. 64. art. 7. & ita apertè ſentiunt Alea. & alij alle-

alij allegati,& ideò cauẽdum est a Beroo *cons.164. num.15.lib.2.* qui contrarium docet, & nemini allegato testatur de communi.

9 Huc pertinet traditio gloss. *in c. quamuis, de pactis, lib.6.* dum declarans textum dicentem iuramẽtum in damnum tertij tendens non esse obseruandum, ait hoc esse intelligendum de damno, quod venit directè. Sequuntur Felin. *in c. cum M. Ferrariensis, num.29. vers. & bene facit, de constit. in c. finali, num.4. vers. bene faciunt, de maior. & obed.* Ias. *in l. nequaquam, §. decretum, num.35. de offic. Proconsul.* Abb. *in c. cum contingat, in fine, de iur. iur.* & alij de quibus Thom. Sanc. *super Decalogo, lib.3.c.9.nu.39.*

Defectus insinuationis, an reddat donationem ipso iure nullam, & quo tempore donatio sit insinuanda ad l. sancimus, C. de donationibus. *Cap. XII.*

1 DOnationem insinuatione carentem, ipso iure nullam esse rectissimè scripserunt Azo *in Summa, C. de donationibus, num.10.* Butrigar. *in l. illud in summario, C. de S. S. Ecclesiis*, vbi Castrensis *num.1. vers. & quatenus.* Salic. *in l. si quis pro redemptione, num.5. C. de donationibus.* Bald. *in l. sancimus, ante numerum primum, versic. casus, & num.2. in fine, & num.7. in fi.* Rom. *in l. Modestinus, num.18. ad finem, de donat.* Ferat. *cautela 33. in princ.* Antonius de Canat. *de insinuat. par.1. num.13.* Rimin. *Instit. de donat. §.1. a n.639.* & alij de quibus Gabr. *cons.158. num.6. lib.1.* D. Gratian. *par.3. disceptat. 483. a numero 16.* Card. Seraph. *decis. 201. num.23. & 232. num.1. & 2.*

2 Probatur *in d. l. sancimus, in princ.* dum ait donationem legitimam summam excedentem adeò inualidam esse, *vt id, quod suprà iam est, pro non scripto, & pro non intellecto esse credatur.* Idem probatur *in eadem lege, §. si quis autem, vers. non videatur.*

3 Idem probatur ex regula *l. nõ dubium, C. de legib.* Neque enim dubitari potest eum, qui donationem huiusmodi, absque insinuatione facit, legem offendere, *l. donatio, in fin. l. data, l. sancimus, C. de donationibus, §. alia, Instit. eodem tit.*

4 Itaque cauẽdum est a Tiberio Deciano *cons.60. num.6. cum seq. lib.4.* & a Ioanne Baptista Costa, *de retrotrac. c.8. casu 24. num.7.* qui contrarium docẽt, & ex eo inferunt, quod si donatio deinde fuerit insinuata, trahatur ad tempus, quo facta fuit: aduersus quam illationem vide *l.25. §. sin autem, C. de donationibus inter virum, & vxorem.* Rimin. *in d. §.1. a num.558.* Menoch. *cons.292.*

5 Agamus nunc de tempore, quo insinuatio fieri debet, & eam fieri debere, dum fit donatio, scribũt Odofredus *in l. illud, in verbo intimate, C. de S. S. Ecclesijs.* vbi Castrensis *num.1. vers. & ideo.* idem Odofredus *in l. data, C. de donationibus.*

Probatur hæc opinio *ex l. donatio 25. in fine, C. de donationibus*, dum ait *in conscribendis autem donationibus nomen donatoris, ius, ac rem vocari oportet, neque id occultè, aut priuatim, sed aut tabula, aut quodcunque aliud materiæ genus, tempus dabit, actis etiam annectendis, quæ apud Iudicem, vel Magistratum conficienda sunt, vbi hoc leges expostulant.*

6 Si acta donationi annectenda sunt: ergo insinuatio, adhiberi debet eo tempore, quò fit donatio.

Consequentiam hanc probat Constantinus autor eiusdem legis, dum *in l. data 27. eodem tit.* tractans de hac re ait *data iam pridem lege statuimus, vt donationes interueniente actorum testificatione conficiantur.* Quod clarius paulò post exprimit dicendo, *quod necessario super donationibus apud acta conficiendis iampridem statuimus vniuersos teneat.*

Si enim ex interuallo insinuari donatio potest, non est verum, oportere eam fieri apud acta, actisque interuenientibus.

7 Cum autem in posterioribus legibus obseruatio hæc non fuerit sublata, non est cur in hac parte ab huiusmodi lege discedamus.

Immò non obscurè eadem obseruatio requiritur *in d. l. sancimus, §. primo.* Imperator enim tractans de donationibus insinuationem non desiderantibus, ait eas valere, etiamsi non fuerint factæ actis interuenientibus.

8 His accedit Iustinianum de insinuatione tractãtem vti solere verbis obseruare, & obseruatio, *vt in d. l. sancimus, in princ. versic. excepto, & in §. si quis, versic. & singula, & in §. sequenti, versic. & vnam esse, & versic. & liberè, & in l. sequenti, §. si autem, vers. tantoque, & in l. fin. in princ. C. de iure dotium.* Hæc enim verba adhiberi solẽt dum de solemnibus agitur, *vt in l. hac consultissima, C. qui testamenta facere possunt, vers. in eundum, & in l. sequenti, in fine, in l. ambiguitates, in princ. C. de testamentis, & in l. cum antiquitas, in princ. & in l. iubemus, versic. quod si, & in versic. quæ in posterum, eodem tit. Instit. de militari testamento, in princ. & de exhæredatione lib. in princ.*

Si enim admittimus solemnitatis nomine insinuationem desiderari, non est, cur dubitemus eam necessariam esse cum donatio fit.

9 Contraria tamen opinio placuit Bart. *in l. Modestinus, num.5. de donationibus*, vbi Rom. *num.19.* & alijs, de quibus Rimin. *d. §.1. num.526. Instit. de donationibus.* Decian. *cons.60. num.8. lib.4.* Turretus *cons.46. num.13. lib.1.*

Affertur pro hac sententia primò *l. data, C. de donationibus*, dum ait *gesta autem cõfici super rebus alibi collatis vbicunque sufficit.*

Respõdeo corruptum esse textum in verbo collatis, & debere legi collocatis, vt constat ex C. Teodosiano, quam lectionem retinent Odofredus *ibidem, vers. nam rem*, qui cum non faciat mentionem variæ lectionis, fecit de primis verbis dictæ legis, euidens signum est, omnes Codices tũc hanc lectionem habuisse, eandem lectionem retinuerunt ibi Bart. *versic. & tene menti*, Bald. *num.1.* Salic. *vers. ex quo.* eandem ibi probat Cuiacius.

Quæ lectio retinenda est, ne lex secum pugnet: nam cum dixisset oportere donationem apud acta fieri, manifestè sibi contrarietur, dicendo sufficere eam vbique insinuari.

10 Secundò adducitur tex. *in l. fin. §. similique modo, C. de donationibus ante nuptias*, vbi dicitur donationem ante nuptias, seu propter nuptias, ex interuallo posse insinuari.

11 Pro respõsione meminisse oportet Iustin. in ead. lege constituisse, donationem propter nuptias constante matrimonio fieri posse, vt in principio legis legitur. Si ergo regulariter insinuari potest donatio ex interuallo, cur de hac donatione specialiter du-

 bitatur?

bitatur? dicendum eſt ergo ſpecialiter in gratiam donationis propter nuptias, cui plura alia aduerſus iuris regulas Iuſtinianus conceſſit, hoc fuiſſe conſtitutum, idque eo facilius admitti debet, quia Imper. de hac ſolemnitate agens in initio dictæ legis ait *inſinuare autem eas actis interuenientibus ſuperſedebant, vt infectæ maneant.* Verbum enim illum *interuenire*, ſignificat in ipſo actu adeſſe, *vt in l. 1. §. item hoc edictum quod falſo tutore, in l. 2. de auctoritate tutorũ*, eoque vſus facit Cõſtantinus *in d. l. data.*

12 Tertiò adducitur *l. in hac, C. de donationibus*, quæ ideò non vrget, quia non tractat, quo tempore donatio fieri debeat, ſed apud quem eam inſinuari oporteat.

Alia argumenta, quæ pro hac ſententia adferuntur ex dictis ſublata ſunt.

13 Retenta tamen opinione communi, ſcias a donatore inſinuationem fieri debere, *l. cum multæ, in principia, C. de donationibus ante nuptias*, vbi Bald. *nn. 1. l. in hac, C. de donationibus, §. aliud vt fratrum filij, & docent* Bald. in *l. illud, nn. 5. verſ. ex hoc infero, C. de S.S. Eccleſijs.* Anton. de Canar. *de inſinnatione, par. 1. unm. 11.*

14 Ex quo ſequitur donatore mortuo inſinuationẽ fieri non poſſe, vt poſt multos ſcribunt Betius *conſ. 66. num. 19.* Rimin. *d. §. 1. num. 558.* Gabr. *conſ. 158. num. 6. lib. 1.* multoque minus, eo inuito poterit inſinuari, Rimin. *num. 546.* & alij de quibus Gabr. *d. conſ. 158. num. 2.* D. Gratian. *diſceptione 483.* & *531. num. 24.*

15 A qua tamen ſententia receſſerunt Alexan. *conſ. 157. nu. 9. lib. 2.* & alij relati a Gabr. quorum tamen aliqui id non dicunt.

Aduerſus quam opinionem adfero textum clariſſimum *in d. l. ſancimus, §. ne autem.* Dixerat Imp. donationem vltra legitimam ſummam, quò ad partem, eam excedentem, nõ valere: ait deinde, *ne autem cammunione inducta donatori, & ei, qui liberalitatem ſuſcepit aliqua oriatur cõtentio, electionem damus ei, qui ampliorem ſummam, in re donata habuerit, reliquam æſtimationis quantitatem offerre ei, qui minorem cauſam habuit, & totum poſſidere:* ſi enim inuito donatore inſinuare poteſt donatio, contentio hæc oriri non poteſt, quia donatarius, donationem inſinuari dubio procul curabit.

16 Ab hoc autem iure non diſceſſerũt auctores ſtatutorum patriæ meæ, dum lib. 5. cap. 4. ſtatuerunt, inſinuationem ad inſtantiam donatarij, vel hæredum eius poſſe fieri, quia cum non exprimant caſũ, in quo donator contradicit inſinuationi, commodiſſimè intelligi poteſt ſtatutum de eo caſu, quo donator nõ repugnat, vel quia velit eam fieri, vel quia ignorent donatarium, vel hæredem eius curare, vt inſinuatio fiat, & ſic per hoc ſtatutum factum fuit, vt inſinuatio facta inſcio donatore valeat, aduerſus iuris communis diſpoſitionem.

Donatio iurata, an egeat inſinuatione. *Cap. XIII.*

1 INſinuationis ſolẽnitas iuramento non ſuppletur Baldus *in l. illud, nu. 9. C. de S.S. Eccleſijs.* Romanus *in l. Modeſtinus, num. 18. de donationibus*, & alij plurimi, de quibus Ant. Gabr. *concluſ. 5. de donationibus, num. 66.* Feratius *cantela 53. num. 4. verſic. aliud remedium.* Mandoſius ad Romanum *conſ. 12. & conſ. 26.*

2 Contrarium docent plurimi, de quibus Clarus, *§. donatio, quæſtione 18.* Gabr. *d. concluſ. 1. num. 66.* Rimin. *§. 1. Inſtit. de donationibus, num. 661.* Seraph. *priuilegio 73. num. 4.* Vincentius Mancinus *de iuramento, par. 4. effectu 19.* D. Fachineus *lib. 3. cap. 83.* Clariſſimus, & nunquam ſatis laudatus vir D. Petrus Caballus *lib. 2. conſ. 3.* & plurimi alij, quos receſſent Coſta *de retractationibus, c. 8. caſu 24. a nu. 13.* Bernardus Greuecius *lib. 2. concluſ. 39. nu. 2.* Camillus Borellus *in ſumma Deciſionum tomo 1. tit. de iureiuran. num. 118. & 119.* Rota apud Seraph. *deciſ. 746. num. 5. & d. 751. num. 14. & 801. num. 3. & 5. & deciſ. 1184. num. 12. & in Recentioribus, parte 1. deciſ. 665. a num. 6.*

3 Pendet deciſio huius quæſtionis ex vulgata noſtrorum traditione, iuramentum reddere validas conuentiones a iure ciuili improbatas, quam cum luculenter confutauerim ſupra hoc libro cap. 1. & 2. non poſſum non aſſentiri opinioni primo loco relatæ.

4 Si tamen contraria opinio tibi placeat, aduerte plurimos ex noſtris putare iurm tunc demũ defectũ inſinuationis supplere, cũ nominatim inſinuationis beneficio fuit renunciatum, vt per Becium *conſ. 62. num. 41.* Rauden. *conſ. 26. num. 121. lib. 1.* Greuei *vbi ſuprà, num. 6.* vbi præterea allegat Rotam Senenſem apud Caualcanum *deciſ. 65. num. 41. parte prima.* Menoch. *conſ. 465. num. 16.* Monaldum *conſ. 147. num. 4. lib. 1.* Coſta de rata *quæſt. 125. nu. 12.* Magonium *deciſ. Florentina 64. num. 25.* Fanuccius *de Inuentario, par. 3. num. 193.* & alij apud Rotam *deciſ. 665. nu. 12. 7. p. in Recentioribus.*

5 Hæc de defectu inſinuationis a iure communi requiſitæ: tractemus nunc de inſinuatione neceſſaria ex diſpoſitione ſtatuti; aiunt autem alij iuramentum eius defectum ſupplere, alij negant, vt conſtat ex DD. mox laudatis.

Pendet hæc dubitatio, an auctores ſtatuti potuerint, voluerintque conſtituere, ne inſinuatio ſuppleatur per iuramentum.

Non eſt autem dubitandũ poſſe auctores ſtatuti efficere, ne iuramentum poſſit reddere validam conuentionem improbatam, vt oſtendi ſupra hoc lib. c. 1. a num. 27. & præter ibi allegatos vide Seraphinum *priuilegio 83. num. 83. in fine, & 84. & priuilegio 22. num. 20.*

6 Ex voluntate ergo deciſio pendet, an ſcilicet auctores ſtatuti voluerint hanc vim iuramento adimere.

Partem negatiuam ſuadet id, quod dici ſolet actus iuratos non contineri in diſpoſitione generaliter loquente, vt luculenter expouunt Antonius Gabriel. *tit. de iureiurando, concluſ. 5.* Seraph. *priuileg. 22. a num. 8.* & alij paſſim.

7 Suadet inquam hanc partem, ſed non perſuadet: digni enim nota eſſent ſtatuti auctores ſi noluiſſent hanc vim iuramẽto adimere, legem enim tuliſſent, quam quilibet ad libitum poterit euadere inferendo iuramentum in donatione, neque enim vnquam illa admittitur interpretatio, per quam imprudentia Legiſlator redarguitur, *l. Saluius, de legatis præſtandis,*

flandis, & docent post alios Rol. a Valle *conf. 72. num. 44. in 3.* Bec. *conf. 51. num. 13.* Menoc. *de arbitrar. casu 199. num. 8.* Rota *par. 1. diuers. decis. 724. num. 11.* & in specie nostra id rectissimè animaduertit Gabr. *conf. 3. num. 7. vers. ergo lib. 1.*

8 Hocque eo faciliùs admitti debet, quòd nulla eatat causa, propter quam debuerint auctores statuti constituere differentiam inter donationem iuratam, & eam, quæ iuramento earet: nam religionis prætextus, qui solus allegatur, non est ad id idoneus; neque enim ad iuramenti religionẽ spectat, vt contractus, cui fuit adiectum iurm, validus fiat, vt exposui supra hoc libro, cap. 2. a num. 3. vbi autem non eatat causa idonea faciendi differentiam inter actum iuratum, & eum, qui iuratus non est, tunc actus iuratus in generali sermone comprehenditur, vt per Gabrielem *d. conclus. 5. num. 3.* Seraphin. *loco allegato, num. 16.*

9 Et iure merito, quia verba generalia legis, nisi causa aliqua vrgeat secundùm vim verborum sunt intelligenda, *l. legata generaliter, de legatis præstandis.*

1 Deficit etiam in quæstione nostra fundamentũ propter quod dicitur actum iuratum in generali sermone non comprehendi defectus, scilicet potestatis, iuxta tradita per Seraph. *d. priuilegio 22. n. 9. in fine, & num. 10. & 11.* Laderchius *conf. 83. nu. 2. vers. secundò respondeo.*

10 Insuper rarissimum est donationes insinuatione egentes per instrumentum publicum non confici, in quo eum soleat iuramentum poni, non possumus dubitare, auctores statuti, etiam respeaisse ad donationes iuratas, ne dicamus eos voluisse legem generaliter loquentem ad casus perraro euenientes restringere, quod non conuenit, *l. nam ad ea, de legibus.* idque in proposito optimè explieant Gabr. *tit. de statutis, concl. 11. num. 10.* Seraph. *d. priuilegio 22. num. 23.* Hier. Gabr. *conf. 3. num. 7. versic. sed flatuentes, lib. 1.*

11 Quod si verba statuti vniuersalia sint, non est, quod dubitemus de hac assertione, non licet enim verba vniuersalia absque vrgentissima causa coarctare, consule Nattã *conf. 554. nu. 22.* Hondedeum *conf. 4. num. 69. lib. 1.* a quibus non rectè recedit Costa *de retrotractione, c. 8. casu 24. nu. 17.*

12 Hæc autem dubitatio cessat in statuto Foroliuiensi, nam ea presse meminit de iuramento statuẽdo, ne suffragetur donationi non insinuatæ, *vt in c. 4. lib. 5.* & ideò opinio eorum, qui docent iuramentum defectum huius insinuationis supplere, non habebit locum in donationibus a Foroliuiensibus factis: idem aceidit cum statutum præsumit iuramentum dolo metuvè extortum, *decis. 665. nu. 10. p. 1. in Recentioribus.*

Insinuatio, an sit necessaria in donatione ad pias causas, & in ea, quæ remuneratoria est, ad l. illud, C. de S. S. Eccl. & l. sancimus, §. 1. C. de donationibus. *Cap. XIIII.*

1 CVm quæritur, an insinuatio desideretur in donatione ad pias eausas, quæstio potestatis est, non voluntatis, eam enim iuris nostri auctores sub legibus de insinuatione loquentibus disertis verbis continent, *l. illud, C. de S. S. Ecclesijs, & d. l. sancimus, §. 1. C. de donat.*

2 Oportere autem donationem, de qua agimus insinuari scribũt glossa *in §. finimus, verbo firma, Auth. de non alienandis rebus*, vbi Bart. *num. 4.* Castr. *in l. illud, num. 1. C. de S. S. Eccles.* vbi Odofr. *prope finem.* Baldus *num. 3.* Salic. *num. 1. versic. omisso*, & alij de quibus Rimin. *in §. 1. Instit. de donat. nume. 998.* vbi a num. 1022. vsque ad numerum 1069. hanc opinionem defendit.

3 Alijs tamen aliter visum est, vt constat ex Ant. de Canario *de insinuatione, parte 2. num. 9.* Anton. Gabr. *tit. de donat. conclus. 1. a num. 28.* Rimin. *loco allegato, a num. 967. ad numerum 998.* Tiraquellus *de priuilegijs piæ causæ, priuilegio 124.* Molina *de contractibus, disputatione 279.*

4 Pro qua sententia multa quidem adferuntur; sed potissimum fundamentum consistit *in c. relatũ, il secondo, de testamentis*, dum docet solemnia iuris ciuilis non esse necessaria in testamento pio, hine enim sequitur actus in piam causam factos non subici legibus ciliuibus constituentibus solemnitates.

5 Solutionem huius argumenti, vt assequamur, meminisse oportet non licere quidem actus pios secundum debitas circunstantias factos vetare subditis, quia hoc cum iure diuino, ae naturali pugnat; non est tamen dubitandum in ijs, in quibus fraudi doliúe suspicio adest, licere modos quosdam constituere, quibus actus huiusmodi fiant, quia cũ de re, & personis secularibus agatur, Principis ius est statuere huiusmodi legem, nec iniuria fit pietati: nam natura dictat, & vult Deusque vt fraudibus occurratur; neque enim tunc impeditur quis actus pietatis exercere, sed forma non difficilis obseruata constituituri, vt falsitatum, & fraudum occasio tollatur.

6 Nec contrarium dicit textus allegatus, quia cum inscriptus fuerit Iudicibus Veletrẽsibus, agitur ibi de personis in temporalibus subditis Summo Pontifici; cum enim agitur de alijs, cur negabimus Principi ius esse de huiusmodi re statuere, piè tamen, & prudenter vt bonum Principem decet, cum testamenti factio publici iuris sit? *l. 3. ff. de testamẽtis.* His accedit in eo textu diei aduersus leges ciuiles stare Patrum decreta, quod cum non aceidat in casu nostro, babet locum *decisio capituli primi, & secundi, de operis noui nunciatione*, legum ciuilium decreta in ijs esse seruanda, de quibus nulla lex canonica extat.

Cætera argumenta refellunt glossa, Bartol. & alij allegati.

7 An autem donatio remuneratoria contineatur in hisce legibus, videamus Constantinus autem cuì origo huius insinuationis adscribitur, sic inquit *in l. donatio, C. de donationibus.*

Donatio siue directa sit, siue causa mortis instituta, siue conditione facienda, aut non faciendi suspensa, siue ex aliquo notato tempore promissa, siue animo dantium, accipientium, vel sententijs, quantum ius sinit cõgnominata, sub hac fieri debet obseruatione, vt quas leges indulgent actiones, conditiones, pactiones que contineat.

Cum omnis donatio inter viuos sit vel causa mortis, teste Iustiniano *in Institutionibus de donat. in prine.*

in priue. vt verumque genus contineret, dixit donatio, ſiue directa, ſiue mortis cauſa inſtituta.

Item omnis donatio, vel fit ex cauſa, vel ex liberalitate, *l. 1. ff. de donat.* & vt vtrumque genus contineretur, inquit, ſiue conditione faciendi, ſiue non faciendi ſuſpenſa.

Donationes quoque fiunt, vel purè, vel ex die, vel ſub conditione, *d. l. 1. de donat.* hæ autem ſpecies Imper. vt complecteretur, inquit, ſiue conditione faciendi, aut non faciendi ſuſpenſa, ſiue ex aliquo notato tempore promiſſa.

Donationes denique fiebant tunc temporis traditione, mancipatione, vel ceſſione in iure, vt explicat Cuiacius in hunc titulum, vtque omnem modum donandi contineret, inquit, ſiue animo dantium, accipientium, vel ſententijs, quantum ius finit cognominata, ſub hac fieri obſeruatione.

8 Euidens eſt ergo Imperatorem omnem omninò voluiſſe continere donationem.

Quapropter Iuſtinianus *in l. illud, C. de S.S. Eccleſijs* inquit, *Si verò amplioris quantitatis donatio ſit, excepta ſcilicet Imperiali donatione, non aliter valeat, niſi actis intimata fuerit vallidanda, licentia quarumque alia cauſa quaſi pietatis iure, præter eas quas ſpecialiter expoſuimus introducenda, veterum ſcita ſuper donationibus permutare.*

Cum enim vetet Imper. pietatis iure præter eas, quas ſpecialiter expreſſit donationes, ex lege de inſinuatione, eximere, nulla cauſa adeſſe poteſt, cur per interpretationem, aliquas ex ea donationes eximamus, cum nulla maior cauſa id faciendi extet, quàm pietatis ratio; cuius textus vim gloſſa ibi non percepit; dum enim ait Imperator, non licere ſub prætextu pietatis excipere alias donationes, præter eas, quas ibi ſpecialiter eſpreſſit, apparet eum noluiſſe pietatis cauſam, ad hunc effectum ſufficere, cum ibidem de donationibus pijs tractauerit.

9 Huc pertinet id, quod ait idem Iuſtinianus *in d. l. ſancimus, in principio. Sancimus omnem donationem ſiue communem, ſiue ante nuptias factam vſque ad trecentos ſolidos cumulatam, non indigere monumentis, ſi quid autem ſuprà legitimam defenſionem fuerit donatum tantummodo non valere;* Vniuerſalis enim huius ſermonis eſt vis eſt, vt nullam excludant donationem, quod agnoſcit Imperator, dum nominatim excipit donationes ab Imperatore profectas, & eas quæ piæ ſunt vſque ad certam ſummam, quia ex vi verborum vniuerſalium eas contineri animaduerterat.

His latè quidem, ſed neceſſariò expoſitis, intelligimus non rectè ſentire eos, qui negant donationē remuneratoriam ſub hac lege contineri, de quibus Antonius Gabriel. *tit. de donat. concluſ. 1. a num. 59.* Rimin. *in principio tituli Inſtitutionum de donat. a nume. 442. & in §. 1. nu. 265.*

Licet enim propriè loquendo non ſit donatio *l. 1. ff. de donat.* tamen in propoſito nihil refert, quia Conſtantinus, & Iuſtinianus, vt oſtendimus, non conſiderant donationem propriè ſumptam, ſed largè, iuxta regulam *l. donari, ff. de donat.* continentur enim ſub hac lege donatio cauſa mortis, & ſub conditione, quæ impropriæ donationes ſunt, quod eò facilius admitti debet, quia illæ cauſæ, quę legi Conſtantini occaſionem dederunt in hac donatione ſibi locum vindicant, ne ſcilicet homines inconſulto calore ducti rebus ſuis è re imprudenter ſpolient.

10 Cumque in eos, qui de nobis benemeriti ſunt, plerumque donationes conferrantur, eò magis inuigilandum in hiſce donationibus fuit, quātò enim veriſimilior donatio eſt, tantò dificilius detegunturtur fraudes, quas lex inſinuationis tollere ſtudet, atque ita rectè ſcripſerunt Pinellus *in l. 1. C. de bonis maternis, p. 3.* D. Fachineus *lib. 3. cap. 82.*

Nec refragatur, quod aduerſarij dicunt, donationes ob cauſam inſinuatione non indigere, quia reſponſio colligitur ex dictis in capite ſequenti num. 1. & 2.

Donatio ob cauſam, vel vt quis redimatur è carceribus, an egeat inſinuatione, & quid de ea quæ per epiſtolam, vel iterum facta fuit. Cap. XV.

1 EX dictis in capite antecedenti num. 7. 8. & 9. ſequitur non eſſe verum, quod ſcribunt multi, de quibus Antonius Gabr. *tit. de donationibus, concluſione 1. num. 62.* Donationem nempè ob cauſam non egere inſinuatione: nam vis verborum legum de hac re loquentium, proculdubio eam continet; cumque ea donatio, quæ ob cauſam prętęritam fit, nullo iure cogente fiat, nulla cauſa eſt, cur eximatur ex lege Cōſtantini, in qua nihil aliud conſideratur, quàm quòd nullo iure cogente dentur; neque enim donationes conditionales, & cauſa mortis in ſua lege comprehendiſſet ſi de his donationibus ſolum intelligerent, quæ propriæ ſunt donationes *l. prima de donat.*

2 Quod ſi donatio cauſam futuram reſpiciat, quatenus plus eſt in donatione eadem ratio vrget, quia pro hac parte habet locum regula d. l. donari, quò reſpexit Conſtantinus, dum nominatim in ſua lege continet eas donationes, quæ ſub conditione faciendi, vel non faciendi fiunt.

3 Secundò ex dictis infertur donationem, quæ per epiſtolam fit contineri ſub hac lege; eius enim verba vi ſua ipſam continent: cauendum eſt ergo a Franciſco de Ponte *conſilio 82. a num. 6.* quem tamen ſequitur D. Gratianus *par. 3. diſcept. 531. a nu. 27.* Quod enim dicit a Ponte tunc ceſſare timorem fraudis, nec verum eſt, nec ſatis eſſe poteſt, vt inſinuatio non deſideretur; non eſt verum, quia plerūque homines in donationibus eſtorquēdis aliorum opera vtuntur, & quia genus huiuſmodi ſcripturæ periculoſum exiſtimatur, *l. ſcripturas, cum Authentica ſequenti, C. qui potiores.* Seraph. *deciſ. 975. nu. 7.* & ideò non eſt admittendum Epiſtolam omnem tolere ſuſpicandi occaſionem, vide Caſtrenſem *in l. illud, in principio.*

4 Sed etiam ſi tolleretur, non eſſet ſatis vt inſinuatio non ſit neceſſaria: quia leges, quæ ſolemnitates ad falſitates euitandas introducunt, non propterea ceſſant, quod nullus adſit fraudis tenori; videmus enim leges teſtamentarias hac de cauſa conſtitutas *l. fin. C. de fideicommiſſis,* tunc quoque ſibi locum vendicare, cum non eſt timor fraudis, & ideò opus fuit conſtitutione, vt teſtamentum coram Principe factum valeat ſi legitima obſeruatio defecerit, *l. omnium, 19. C. de teſtamentis.*

Eadem

5 Eadem de causa fuit necesse constituere, vt hæres ab intestato veniens teneatur adimplere mentem testatoris, qui legitimas solemnitates non obseruauit, cum confitetur ea, quæ in testamento leguntur, ex ore testatoris venisse, *l. fin. C. de fideic.*

6 His accedit hac ratione viam aperiri eludendi leges; facilè enim est donatorem transmittere epistolam ad donatarium, & hæc opinio est ex mente Doctorum, qui etiam si scirent donationem posse fieri per epistolam, nullibi tamen scripserunt, eam insinuatione nõ indigere, cũ per epistolã facta fuit.

7 Tertiò infertur non esse verum id, quod respondit Bertrandus *cons. 30. colum. 3. num. 1. in fi. lib. 3. par. 2.* quem sequitur D. Gratian. *tomo 3. cap. 531. n num. 31.* dum scribit donationem geminatam insinuatione non indigere, quasi tunc omnis fraudis timor cesset.

Ex dictis inquam constat hãc opinionem falsam esse, quia omnia, quæ paulò ante adduximus contra opinionem Francisci a Ponte, contra Bertrandum vrgent.

8 Cui præterea obstat, quòd si hæc ratio sufficeret, vt in huiusmodi donatione non sit locus insinuationi ad fraudes tollendas inuentæ, idem nos respondere oporteret in testamentis, in quibus tot solemnitates eadem de causa requiruntur, *l. final. C. de fideicommissis;* atque ita aduersus Bertrandum rectè sentit Rebuffus *ad constitutiones Regias, tit. de insinuandis donationibus, art. 1. gloss. 1. num. 4. tom. 2.*

9 Quartò ex dictis infertur donationem factam, vt quis è carceribus liberetur, insinuatione indigere: nam verba *d. l. illud, C. de S. S. Eccl. l. donatio, l. sancimus, §. 1. l. si quis argentum, in fine, C. de donat.* nec vlla causa est, cur particulari iure vtatur.

Cauendum est ergo ab illis, qui contrarium scribunt, quos refert, & sequitur Hippolitus Rimin. *in §. 1. Inst. de donat. a num. 960.* fundamentum constituunt isti *in l. penult. C. de donat.* quæ cum loquatur de redimendis captiuis, ad eos, de quibus agimus non potest aliter trahi, quam per extensionem, quæ ideò non est admittenda, quia longè magis fauorabilis est causa captiuorum, quàm eorum, qui in carceribus detinentur.

10 Eandem extensionem vetat fieri Iustinianus *in l. illud, C. de S. S. Eccl.* dum disertis verbis prohibet sub specie pietatis, ex lege de insinuatione loquente eximi donationes, quæ nominatim in legibus non fuerunt expressæ.

Eandem extẽsionem vetat Iustinianus *in d. l. fin.* dum ait, cæteras donationes, quæ non fuerunt insinuatæ vsque ad quingentos solidos tantum valere, & non vltrà; neque enim negari potest, cæterarum donationum appellatione eas venire, quæ nominatim non fuerunt exceptæ, & proindè hæc quoque continebitur in huiusmodi clausula.

Donatio rei alienæ, vel rei acquirendæ, vel in pœnam reuocationis legati, indigeat ne insinuatione, & quid in ea, quæ continet remissionem pœnæ, & quæ in cõtractu vili precio scienter facto continetur ad d. l. sancimus, C. de donat. *Cap. XVI.*

1 QVintò ex dictis c. 24. a num. 7. infertur donationem rei alienæ legitimam summam excedentis insinuationem desiderare: nam vis verborũ, & ratio constitutionum eam complectitur, & ideò non est assentiendum Bal. aliud scribenti *in l. post mortem, num. 12. C. de fideicommissis,* quem sequũtur Alex. ac Bart. *in l. Modestinus, num. 10. littera I. ff. de donat.* & ibi Ludouicus Rom. *num. 16.* Tiraquel. *de retractu lignagier, §. 1. glos. 2. num. 18.* Ant. Gabr. *de donat. concl. 1. num. 74.* Mozzius *de contractibus, tit. de substantia donationis, num. 19. vers. neque.*

2 Distinguit Baldus inter donationem rei alienæ simpliciter factam, & eam, quæ continet promissionem euictionis. Primò casu negat insinuationẽ desiderari. Secundò verò affirmat.

Argumentum Baldi in eo constat, quia cum donatur res aliena, sine promissione euictionis, donatio consistere non videtur, quia in donatorem rem transferre non potest, nec ad æstimationem tenetur, cum euictionis actio contra eum non competat, vide gloss. *in l. in ædibus, §. fin. de donat.*

3 Non rectè: nam cum hodie nudo consensu donatio perficiatur, *l. si quis argentum, §. penult. C. de donat. §. aliæ. Instit. eod. tit.* vt perficiatur donatio non est opus traditione, hoc enim ius proprium est contractuum, qui consensu perficiuntur, vt non egeant rei traditione ad sui perfectionem, *vt in Inst. de oblig. quæ ex consensu.* vide *l. rem alienam, de contrahen. empt. vbi gloss.*

4 Immò veteri iure donatio rei alienæ valebat, si modo tradita fuisset, vt non obscurè colligitur *ex l. Aristo ait, §. 1. & 2. de donat. ex l. si alienam 14. ex l. qui alienam 33. de mortis causa donationibus, ex l. 2. & 3. ff. pro donato.* res enim aliena tradi mancipari, & in iure cædi poterat, vide Vlpianum *in fragm. tit. de domin. & acquisit.* Paulum *lib. 2. Sententiarum, tit. 17. versic. res empta emancipatione.*

Hocque ius obtinuisse tempore Constantini auctoris huius solemnitatis, euincit textus *in d. l. donatio, C. de donat.* dum enim ibi præscriberet solemnia in donationibus obseruanda, inter alia iubet donatori, vt ius quod in re habet, exponat, idest titulum, quò rem possidet; si enim fuisset necessarium, vt res donatoris esset, Constantinus, qui plurimis verbis in hac constitutione vtitur, præter suam consuetudinẽ, non dixisset satis esse ad validitatẽ donationis, si donator expresserit titulũ quò rem habet.

5 His accedit nullam causam fuisse, cur constitueretur, vt donatio huiusmodi non valeret, quia hoc non proderat nec donatori, nec domino rei: non donator, quia cum ipse dominus rei non esset, eamque spontè tradidisset, nec interdicto, nec rei vindicatione poterat eam recuperare: domino autem rei hæc constitutio non proderat, quia etiam si donatio valida fuisset, ius domini manebat saluum, *l. rem alienam, de contrahenda emptione,* in quam sententiam alia adferre possem, sed supersedeo, quia hæc satis esse videntur.

6 Quod ergo dicitur *in d. l. in ædibus, §. fin. de donat.* donari non posse nisi id, quod sit eius, cui donatur, exponi debet, idest quod fieri potest donatoris, quod etiam attigit Accurs. ibi, & cum eo Castrensis, quæ expositio non est noua: nam in institutionibus de inutilibus stipulationibus, in principio, habẽtur hęc verba, *Omnis res, quæ dominio nostro subijcitur, in stipulationem deduci potest.* Cum enim constet rem

ſtet rem alienam in ſtipulatione deduci poſſe, illa verba, quæ dominio noſtro ſubijcitur, exponi debent, id eſt quæ dominio noſtro ſubijci poſſunt.

7 Dicebat præterea Baldus rem donatam non videri acquiſitam donatario, eum ei auferri poſſit *l. non videtur, de acquir. poſſ.* & proindè non eſſe locum de inſinuatione agentibus, nihil eſt: nam, cum in commercijs certam non poſſimus plerunque habere de dominio, & qualitate rei notitiam, non rarò accidit, eum, qui putat rem ſuã donare rei alienæ liberalem eſſe, & proindè non eſt dicendum, iuris noſtri auctoribus hunc caſum frequentiſſimum non veniſſe in mentem, cum tot verbis hanc rem inculcauerint, & proindè, dum de traditione rei donatę loquuntur, eam intelligiſſet, quæ per traditionem rei liberè factam perficitur.

8 Septimò ex dictis intelligi poteſt, an donatio rei acquirendæ inſinuatione indigeat, de qua re poſt alios agit Antonius Gabr. *tit. de donat. concl. 1. à numero 75.* intelligimus inquam eam deſiderare inſinuationem, quia re ipſa nihil aliud continet, quam rei alienæ donationem ſub ea conditione factam, ſi ad donatorem pertinere cęperit, neque enim eõ ditio facit, quin donatio ſit inſinuanda, vt legitur *in d. l. donatio, C. de donationibus.*

9 Octauò ex dictis intelligimus, donationẽ factam legatario, ſi contigerit legatum ei adimi, quod fieri poſſe noſtris placet *in l. ſtipulatio hoc modo concepta, de verborum oblig.* & in locis indicatis per Surdum *conſ. 348. num. 4. 5. & 6.* egere inſinuatione, ſi legitimum modum exceſſerit: nam vera donatio eſt, cũ ex teſtamento non pendeat, facta enim fuit, vt omninò res ad legatarium perueniret, quod fieri non poterat, niſi inter viuos diſponendo, hocque rectiſſimè ſenſit Ioannes Bolognettus *in d. l. ſtipulatio hoc modo concepta, num. 64. de verborum obligationibus.*

Cauendũ eſt ergo ab Hippolito Rimin. qui contrarium docuit *in §. 1. Inſtit. de donat. à num. 13 18.* duobus motus argumentis.

10 Primum ex eo deductum eſt, quòd hæc diſpoſitio legatum eſſe videtur, tàm ratione initij, quam quia continet eamnet rem, quam ab initio legauit. Sicut ergo, legatum inſinuationem non deſiderabat, ita nec deſiderabit donatio, quæ in eius locum ſubrogata fuit, ſed nihil valet, quia diuerſa diſpoſitio eſt, cum inter viuos fuerit facta.

11 Secundum argumentum eſt huiuſmodi, primò fuit factum legatum, deindè donatio, ſi legatum reuocari contigerit, hæc ergo diſpoſitio, ait Rimin. naturaliter eſt legatum, & per accidens donatio, legati ergo iure cenſenda ſit, quia natura præualet accidenti, *l. qui habet, in princ.* & ibi Bar. *ff. de tutelis.*

Nihil eſt, nam duæ diſpoſitiones hæ ſunt, quia aliter mens teſtatoris non poteſt adimpleri, ſi enim maneret legatum, res ad legatarium non poterit peruenire, eo reuocato.

12 Nonò ex dictis colligimus quid remiſſionem pœnæ, in qua quis incedit ob ſpretam conuentionem egere inſinuatione, ſi legitimũ modum exceſſerit, cum enim eo continent remiſſionem iuris quæſiti, nullo iure cogēte facta, vtique donatio eſt eo sēſu, quo nos de donatione agimus, *l. donari, de donat.* & proindè continebitur in diſpoſitione, de qua agimus, cum nulla ſit ratio, cur particulari iure cenſeatur.

13 Contrarium tamen placuit Baldo *in l. illud, nu. 6. verſic. contrarium, C. de S.S. Eccleſ.* quem alij ſequuntur, vt per Gabr. *tit. de donat. num. 79.* motus ex eo quod pœnæ odioſè ſunt.

Nihil eſt, nam nos ſupponimus conſtare clarè pœnam fuiſſe commiſſam, cum quæramus de eius remiſſione: aliud eſt enim quærere, an quis in pœnam inciderit, & an donatio pœnæ iam commiſſæ inſinuationem deſideret.

14 Decimò ex dictis intelligimus gloſſam, & DD. perperam colligere *ex l. Modeſtinus, ff. de donat.* donationem vſurarum inſinuationem non deſiderare: nam cum hæc ſolemnitas a Conſtantino fuerit introducta, ad eam lex huiuſmodi reſpicere non potuit, quia eius auctor vixit ante Conſtantinum.

Præterea ait textus *Modeſtinus reſpondit creditorem futuri temporis vſuras, & minuere, & remittere, pacto poſſe, nec in ea donatione ex ſumma quantitatis aliquid vitij incurrere.* Aliud eſt enim quærere, an donatio inſinuationem deſideret, & an ex ſumma quantitatis aliquid vitij contineat; lex enim quæ iubet donationem inſinuari, permittit integrum patrimonium donare, *l. ſi quis argentum, §. & ſi, C. de donat.*

15 Vndecimò infertur, quòd ſi quis remiſerit debitori ex pluribus cauſis, quantitatem legitimã ſummam excedentem opus eſſe inſinuatione, ad exemplum eius, qui plures res eodem tempore donat, *iuxta d. l. ſancimus, §. 1. verſ. ſin autem. C. de donat.* licet enim res ſeparatim conſideratæ ad legitimam ſummam non perueniant, in vnum tamē cumulum in donatione redactæ, eam excedunt, eo modo quò in d. verſ. ſin autem accidit.

Aliud tamen viſum eſt Batt. *in l. Modeſtinus, nume. 1. de donat.* Bald. *in l. illud, num. 10. in fine, de donat.* a quibus diſcedunt Rom. *in d. l. Modeſtinus, nume. 2.* Antonius de Canario *de inſinuatione, par. 2. quæſtione 14. num. 20.*

16 Duodecimò infertur, quòd ſi quis vendiderit rē ſuam ſcienter viliori pretio, opus eſſe inſinuatione, quia quò ad partem pretij remiſſam, vera donatio eſt, atque ita multi docuerunt, de quibus Tiraquellus *ad l. ſi vnquam, in verbo donatione largitus, nu. 3. C. de reuocandis donationibus, & de retractu conſanguineorum, §. 1. gloſſa 18. num. 15.* D. Fachineus *lib. 2. Controuerſiarum, cap. 19. in 5. controuerſia.*

De pactis circa hæreditatem viuentis, eo inſcio, de cuius bonis agitur, factis ad l. fin. C. de pactis *&c.* *Cap. XVII.*

1 DE pactis quam homines faciunt de bonis eius, cuius ſucceſſionem ſe obtenturos eſſe, poſt eius mortem, ſperant, extat conſtitutio Iuſt. *in l. fin. C. de pact.* circa quam multæ excitantur dubitationes, quæ ad tria capita rediguntur. Primò, an iure naturali hæ conuentiones ſint inutiles. Secundò, quouſque ſe extendat ſanctio Iuſtiniani eas infirmantis. Tertiò, quæ ſit vis iuramenti hiſcè conuentionibus adiecti.

2 Quod ptinet ad primũ caput, etſi multi exiſtimēt conuentiones de hæreditate eius, qui viuit, inutiles eſſe de iure naturali, ſi eo inſcio fuerint confectæ, quos refert, & ſequitur Io. del Caſtillo *lib. 3. controuerſ. c. 10.*

uerſ.c. 10.*num.*21. attamen puto contrarium verius eſſe euidenter, quia ſic fieri poſſunt, vt vndequaque laudabiles ſint, vt accidit quando hæredes ante mortem defuncti inter ſe pacta ineunt ſuper hæreditatis diuiſione ad concordiam, & mutuum amorem conſeruandum. Idem accidit, cum quis ſperãs hæreditatem alterius, vt rebus ſuis conſulat, vel vt alteri proſit, aliquid ex rebus hæreditarijs bona fide diſtrahit, hoc eſt ſub conditione ſi eius dominium adeptus fuerit.

3 Et iure merito laudabiliter fieri poſſunt hæ conuentiones cum nihil ſit, quod ipſis obſit: nam quod inculcant eos, qui de viuentis hæreditate tractant auaritiæ labę notari, alteriuſque mortis cupidum exiſtimandum eſſe eum, qui viuentis hæreditatem diſtrahit, non proficiſcitur ex natura cõuentionis, ſed ex prauitate aliquorũ hominum, quia ſi à viris probis hæc pacta fiant auaritiæ, & crudelitatis ſuſpicio facile ceſſabit, cum non ſine cauſa viri probi has faciant conuentiones, ſuſpicio enim omnis ex eo oritur, cum ſine cauſa de rebus viuentis pacta conſcribuntur: hocque apertè inſinuant Iuſtin. verba, dum inquit. *Sed nobis omnes huiuſmodi pactiones odioſæ videntur, & plenè triſtiſſimi, & periculoſi euentus, quare enim quodam viuente, & ignorante de rebus eius quidam paciſcentes conueniatur.*

4 Deinde prauitas contrahentium, dũmodò ius commertij habeát, & res ſit in commertio, nõ vitiat de iure naturę contractum modis conſuetis factũ, quemadmodum videmus in eo, qui rem diſtrahit, vt ex pretio vxorem alterius corrumpat, & in eo, qui venenum comparat, vt innocentem interimat: ergo, pacta de quibus agimus nõ ſunt inutilia ex eo, quòd prauitatem quãdam detegunt, in illis à quibus fuerunt facta.

Hocque veriſſimum eſſe ipſemet Iuſtin. indicat, dum hæc pacta admittit, cum acceſſit domini rei conſenſus, hæc enim circumſtantia non tollit omninò huiuſmodi ſuſpicionem: nam quis cordium præſeruator eſt?

5 Perpendamus nunc argumenta, quibus pars aduerſa nititur, quorum primum deducitur ex eo, quòd iure naturæ inutilis videatur contractus de re aliena factus. Reſpondeo id falſum eſſe, vt probat tex. *in l. rem alienam, ff. de contrah. empt.* & indicat Inſtit. dum ait, *Cum in alienis rebus contra domini voluntatem aliquid fieri, vel paciſci ſecla temporũ noſtrorum, non patiatur* vt interim præterea his pactis addi ſolere conditionem, ſi ad paciſcentes peruenerit hæreditas.

6 Secundum argumentum colligitur *ex leg.* 2. *§. interdum, ff. de vulg. & pupill. ſubſt.* dum ait, *Improbum eum exiſtimari, qui de viui hæreditate ſollicitus eſt,* illi enim qui circa eam pacta conſcribũt, de hæreditate viui ſolliciti videntur.

Reſpondeo bona fide, & iuſta ex cauſa poſſe fieri conuentiones de hæreditate viuentis, eo inſcio, vt probaui numero ſecundo, itaque dictum Iuriſconſ. referri debet ad mores Romanorum, apud quos turpè erat tractare de hæreditate viuentis, vel debet intelligi, cum quis magis ſollicitus eſt de hæreditate viuentis, quàm bono viro conueniat.

7 Deindè non valet conſequentia, improbus eſt, qui ſic contrahit: ergo contractus eſt inualidus, quia etiam is, qui rem alienam ſcienter diſtrahit, improbitate laborat, & tamen contractus valet, vt ſuprà num. 5. probaui.

8 Tertiò affertur tex. *in l. quidam, §.* 1. *ff. de donat.* vbi I.C. agens de illo, qui res viuentis donauit, ait eum aduerſus gentium ius feſtinauiſſe.

Reſpondeo, moris apud gentes eſſe ne hæres diſtrahat teſtatore viuente res hæreditarias, & ideò qui ſecus facit aduerſus ius gentium feſtinat, ideſt anteuertit tempus, quod gentes obſeruare ſolẽt, nõ tamen ſequitur: ergo contractus non tenet, nam etiam is, qui res alienas diſtrahit ſcienter, facit aduerſus ius gentium, & tamen contractus valet.

9 At dices huic reſponſioni obſtare regulam *l. non dubium, C. de legibus,* dum docet ea, quæ aduerſus leges facta ſunt, inutilia eſſe, quia, vt ea contextu ipſo colligitur, iuris poſitiui ſanctio hæc eſt, non iuris naturæ, vt etiam admonet Antonius Faber *decade* 87. *errore* 9. *ad finem.*

10 Quartò affertur textus *in c.* 2. *de conceſſione præbendę,* vbi hæc verba leguntur. *Cum enim in ipſis etiã legibus gentilium inueniatur, inhibitum turpe eſt diuinique plenum animaduerſione iudicij, ſi locum in Eccleſia Dei futuræ ſucceſſionis expectatio locum habeat, quam ipſi etiam gentiles condemnare curauerunt.*

Vt omittã agere hunc tex. de pacto, de quo *in l. pactum quod dotali, C. de pact.* & clarè indicare illud verè poſitiuo potius, quam naturali, fuiſſe damnatum in verſ. eum enim in ipſis, & in illis verbis, quam ipſi etiam gentiles; animaduertere oportet, Conc. hoc loco velle oſtendere, non poſſe S. Pont. ſine magna culpa pati, vt fiant conceſſiones præbendarũ clericorũ viuentiũ, eóque vtitur argumento, quod gentiles indignam eſſe cenſebant futuræ ſucceſſionis expectationem, quæ inter ciues reciperetur, & ideò non licet hinc argumentum ducere in quæſtione noſtra; toto enim cœlo diſtat quærere, an pacta, de quibus agimus, ſint iure naturali, & per ſe inualida, & an Princeps debeat illa pmittere: vt enim per ſe valeant, ſatis eſt poſſe fieri ſine vitio: vt verò non debeat Princeps illa permittere, ſatis eſt, malos homines indè ocaſionem capere quęrendi mortem innocentium, vide tex. *in c. deteſtanda, de conceſ. præbend. in* 6.

11 Concludamus ergo iure naturali pacta, de quibus agimus, valida eſſe, & proindè non eſt dubitandum conſuetudine, vel iure ſcripto poſſe introduci, vt valeant aduerſus leges Romanorum ea infirmantium, quicquid in contrarium ſcripſerint multi, de qiubus Oſaſc. *deciſ.* 100.*nu.*33. Rim. iun. *conſ.* 164.*num.*31. Menoch. *conſ.*456.*num.*21. D. Fachin. *lib.*8.*c.*72.*col.*2.

12 Immò in illis regionibus, quæ iure Romanorum non vtuntur iure Imperij, ſed in vim rationis, veluti Hiſpania, & Gallia, vt alias præthereã, hæc pacta valida cenſenda ſunt, niſi extet lex particularis illa infirmans; quia licet rationes, quibus ius Romanorum illa improbauit, ſatis ſint ad mouendum Principẽ, vt ea infirmet, non tamen ſufficiunt ei, qui leges nequit condere, vt illa reprobet, quia non obſtantibus huiuſmodi rationibus, hæc pacta valent iuris naturalis, regulis inſpectis, quę ſunt obſeruandæ, cum particulari lege non fuerint ſublatæ, neque enim in his regionibus allegari poſſunt leges Roma-

Romanæ, quatenus leges ſunt, ideſt quatenus ius nouum introducunt; ad quam ſententiam firmandam conferunt ea quæ ſcribunt Molin. *de iuſt. & iure, tract. 2. q. 88.* Vaſq. *par. 2. diſput. 164. c. 3.* Suarez *de legib. lib. 5. c. 30.*

De eadem materia. Cap. XVIII.

1 SEcundũ caput nũc aggrediamur, quid circa has conuentiones Iuſtin. introduxerit, quod facilè intelligemus ex eius verbis, cum inquit.

Secundum veteres itaque regulas ſancimus omnimodò huiuſmodi pacta, quæ contra bonos mores inita ſunt, repelli, & nihil, ex his pactionibus obſeruari, niſi ipſe de cuius hæreditate pactum eſt, voluntatem ſuam eis accommodauerit, & in ea vſque ad extremum vitæ ſpatium perſeuerauerit.

Circa hæc verba hæ occurrunt dubitationes. Primò, an Iuſtin. ita annullauerit has pactiones, vt nec naturalis oriatur obligatio. Secundò, quo tempore adeſſe debeat conſenſus eius, de cuius hæreditate agitur. Tertiò, an ſi conſenſum præſtitum reuocauerit, pactiones prædictæ conualeſcant, eo iterum conſenſum præſtante. Quartò, an ſtatutum vetans mulieribus ſine quorundam cõſenſu teſtari, impediat mulierem pactionibus, de quibus agimus, conſenſum accomodantem. Quintò, an præter nullitatem actus aliqua alia pœna adſit contra eos, qui ineunt conuentiones de hæreditate viuentis, eo inſcio.

2 Quò ad primam pertinet, puto lege Iuſtin. factũ eſſe, ne naturalis, ex his pactis oriatur obligatio, cũ enim diſertis verbis ab ipſo fieri ſimiles conuentiones fuerit vetitum, ſuccedit regula *l. non dubium, C. de legib. l. pacta quæ contra, C. de pact.* Ex conuentionibus reprobatis nullã prorſus oriri obligationem.

3 Idipſum oſtendunt illa verba, *Sancimus omnimodò huiuſmodi, quæ contra bonos mores inita ſunt repelli, & nihil ex his pactionibus obſeruari.*

Idem probatur ex illis verbis, *Iubemus etenim, neque donationes talium rerum, neque hipothecas penitus eſſe admittendas, neque alium quempiam contractum*: nam, ſi producerẽt obligationem naturalem, falſum eſſet, eas penitus non admitti, cum quò ad multos iuris effectus recipiatur contractus naturalem obligationem pariens.

Atque ita docuerunt multi, quos refert, & ſequitur Io. del Caſtillo *lib. 3. controuerſ. c. 9. nu. 18.*

4 Ex quibus ſequitur, nec in foro conſcientiæ, validum eſſe pactum de hæreditate viuentis factum, eo inſcio de cuius hæreditate agitur: nam is qui nullo iure obligatur, ſimpliciter loquendo, nihil alicui debet: ergo, nec in foro conſcientiæ alicuius rei debitor erit is, de quo agimus, cum nullo iure teneatur adimplere promiſſionem a ſe factam, quod optimè docuerunt Io. Bolognet. *in hac l. fin. num. 49.* Io. del Caſtillo *d. c. 9. nu. 17. & 18. cũ ſeqq. vſque ad finem.*

5 Cui opinioni non obſtat, quod dici ſolet, conuentiones quæ a lege poſitiua infirmantur, obſeruari debere in foro conſcientiæ, quia huiuſmodi aſſertio, vt admonui ſuprà c. 10. nu. 10. debet intelligi, cum lex ciuilis non impedit ortum naturalis obligationis; hoc enim vbi fit, nec pactio, nec obligatio vlla ſimpliciter, & abſolutè loquendo, conſiderari poteſt, & proindè, nec in foro conſcientiæ, is, qui promiſit tenebitur ſtare promiſſis.

6 Secunda eſt dubitatio, quo tempore adeſſe debeat conſenſus eius, de cuius hæreditate agitur: an adeſſe debeat cum pacta fiunt, vel ſatis ſit ipſum ſuperuenire.

Si verba Iuſtiniani perpendimus, non ſatis commodè hæc dubitatio deciditur: nam vtrique fauent opinioni, quia tàm præteritum, quàm futurũ tempus exprimere valent; verba autem hæc ſunt, *niſi ipſe fortè de cuius hæreditate pactum eſt, voluntatem ſuum eis accomodauerit.* Similis loquendi forma eſt *in l. 2. in princ. ff. de vulg. ſubſt.*

7 Aliundè ergo deciſio huius dubitationis elici debet, & vt mihi videtur, ex eo pendet, an conſenſus requiratur ad integrandam, vt noſtri loquuntur, paciſcentium perſonam, vbicunque enim facultas faciendi per ſe non competit, ſed conſentiente aliquo tribuitur, tunc in ipſo actu conſenſus adeſſe debet, nec ſatis eſt, eum ſuperuenire, *l. obligari, in princ. & §. 1. ff. de auth. tut. & §. tutor, Inſt. eod.* & iure meritò, quia vbi deeſt facultas faciendi in eo, qui facit, nihil ab ipſo poteſt in eſſe deduci, & ſic nihil eſt, quod per ſuperuenientem conſenſum poſſit deindè confirmari.

8 Quod autem Iuſtin. facultatem ademerit ſic paciſcendi, niſi adſit conſenſus eius, de cuius hæreditate tractatur, inſinuare videntur illa verba, *Cum in alienis rebus contra domini voluntatem aliquid fieri, vel paciſci ſecta temporum noſtrorum non patiatur.*

Nec te turbent illa verba, *contra domini voluntatem*, quaſi ſecus ſit cum eo inſcio pacta fuerunt facta, quia vtrunque caſum continere huiuſmodi verba, ex antecedentibus apertè colligitur. Cum enim dixiſſet Imper. non eſſe admittendas vllas conuentiones de hæreditate viuentiũ, quibus eorũ conſenſus non acceſſerit, ſubdens rationẽ, cur ita ſanxerit, ait ideò hoc eſſe, quia ſecta ſuorum temporum non patitur fieri pacta de rebus alienis cõtra domini voluntatem. Cum enim in hiſce verbis de vtroque caſu loquatur, vtique deficeret Imperator ſi vnius caſus tantum rationem redderet: eleganter autem vtrunque caſum ſub illis verbis continet, quia commune, & vſitatum eſt, vt nolint homines de rebus ſuis a quopiam facta conſcribi, niſi ipſi ſuam voluntatem, accomodauerint.

9 Hæcque opinio, valdè conuenit menti Iuſtin. qui pactiones huiuſmodi odioſas, & plenas triſtiſſimi, ac acerbiſſimi euentus exiſtimat, faciliùs enim, & tutiùs extirpantur, hac retenta interpretatione, quàm fiat admiſſa altera ſententia; & ideò ei libenter adhæreo.

10 Tertia erat dubitatio, an ſi is, de cuius hæreditate agitur, conſenſum reuocauerit, pacta conualeſcant, eo iterum pactis conſentiente.

Parti affirmanti fauere videtur, id quod legitur *in l. 4. ff. de adim. & transferr. legat.* dum docet legatum, quod per ſuperuenientes inimicitias ademptũ fuerat, reuiuiſcere, ſi teſtator cum legatario redierit in gratiam, quia ambulatoria eſt hominis voluntas vſque ad mortem.

11 In contrarium verò vrget, quòd lex Iuſtin. vult hęc pacta penitùs reici, ſi reiecta fuerit ab eo, de cuius hæreditate agitur; hinc enim ſequitur eo ipſo,

quod

quod is suam reuocauit voluntatem, pacta penitùs corruere, quod vbi factum fuit, necessè est ea iterum in esse deduci, per eos a quibus fuerunt facta, a priuatione nanque ad habitum non datur regressus. Non erit ergo satis, vt conualescant, vt eis iterum accedat consensus eius, de cuius bonis facta fuerunt, sed necesse erit, vt iterum ab eis fiant, a quibus primo fuerunt confecta.

12 Quam sententiam videtur insinuare Iustin. in illis verbis. *Nisi ipse fortè, de cuius hæreditate pactum est, voluntatem suam eis accomodauerit, & in ea vsque ad extremum vitæ spatiū perseuerauerit*, neque enim, in eadem voluntate perseuerat, qui eam semel mutanit, etiam si deindè ad priorem redierit sententiā.

13 Non obstat l. 4. de adim. leg. quia legatum, cum ex solius testatoris voluntate pendeat, faciliùs potest reintegrari, quam pactum, quod plurium consensum desiderat; deindè legatum, superuenientibus inimicitijs non extinguitur, seu reuocatur ipso iure, sed solum datur exceptio doli contra legatarium, & fideicommissarium, quod petant rem testatoris aduersus eius voluntatem, vt clarè habetur *in l. 3. in fin. de adim. leg. & in l. cum hic status, §. oratio, ff. de donat. inter vir. & vxor. verf. itaque.* Nō est, cur miremur legatum peti posse si testator mutauerit voluntatem, quia non est opus, vt legatum reuiuiscat, sed vt exceptio ex mutatione voluntatis oriens, tollatur, quod vtique fit cum testator in gratiam legatarium accepit, non debemus ergo indè ad rem nostram arguere, quia cum is, de cuius hæreditate pacta fuerunt facta illa reicit, Iustin. ea penitus annullat, & repellit.

De eadem re. Cap. XIX.

1 QVartò dubitatur, an mulier, quæ ex statuti dispositione non potest testari sine mariti, vel alterius consensu, possit pacta, de quibus agimus, approbare, inscio marito, quod verum puto, quia hoc fit inter viuos, nec impedit effectum statuti, & per consequens non cadit sub eius dispositione, quæ strictè, cum sit iuris correctoria, accipi debet.

2 Postremò dubitatur, an præter nullitatem pactionum, de quibus agimus, aliqua infligatur pœna illis, qui ipsas conscripserunt, quod placet gloss. *in verbo obseruari*, dum docet res hæreditarias auferri ijs, qui pacta conscripserunt veluti indignis, quā sequitur Bar. *in lectura antiqua, col. 1. verf. item quæris gloss. & in repet. ante num.* 1. Alciat. quem refert,

3 & sequitur D. Fachin. *lib. 8. cap. 7. in fine.* Fundamentum consistit *in l. quidam, §. 1. cum l. 2. in fin. ff. de his qua vt indig. in l. quidam, §. 1. cum l. seq. ff. de donat.* In his namque legibus clarè legitur eum, qui res viuentis donauit, illis priuari veluti indignum, si deindè ad ipsum iure hæreditario peruenerint.

4 Hæc sententia mihi suspecta est, quia Iustin. qui ex professò legem de hisce conuentionibus condidit, vt rem ab antiquis non satis expositam, dilucidè explicaret, ne verbum quidem vllum de huiusmodi pœnis facit, quod vtique non prætermisisset, quia in legibus antiquis, quæ explicitè hanc rē non tractabant, hæc pœna non continebatur, & proindè necessarium erat, vt particulari sanctione constitueretur, in pœnis enim constituendis, cum actus per se non est dignus tanta pœna, lege opus est, quæ pœnam decernat.

5 Iuribus ex aduersò allegatis, vt respondere possim, præmitto primò pœnam esse grauissimam, & nimis duram, cum bona fide pacta fuerunt de hæreditate viuentis facta, quia tunc nihil est, quod imputari possit paciscentibus. Secundò præmitto quędam esse pacta, quæ bona fide sępius fieri possunt de re viuentis eo inscio, alia verò perrarò bona fide fieri posse; illius generis sunt pacta de diuisione, vel permutatione rerum hæreditariarum; huius verò sunt donationes, venditiones, & locationes rerum viuentis.

6 His præmissis, dico leges ex aduersò allegatas loqui de eo, qui res viui donauit, & ideò non possunt ad illos trahi, qui pacta conscribunt super diuisione, vel permutatione rerum hæreditariarum, quia considerando rem, prout frequenter accidit, quod in legibus spectandum est *l. nam ad ea, ff. de legibus*, grauius peccat, qui donat res viui eo inscio, quàm faciat is, qui pacta conscribit super diuisione earum, vel permutatione, neque enim licet, maximè in pœnis, extendere legē ad casum, vbi non viget eadem prorsus ratio, vt admonui lib. 3. cap. 22. num. 11.

7 An verò ad eos, qui locant, vel vendunt res hæreditarias hæ leges trahi possint, non iniuria dubitatur: pendet hæc dubitatio, ex quæstione variè a nostris explicata, vtrum in pœnalibus extensio admittatur ex identitate rationis, de qua alibi dicturus sum Deo dante, & secundum ea, quæ ibi tractabuntur, hæc dubitatio erit terminanda.

8 Superest tertium caput de viribus iuramenti circa pacta, de quibus agimus, qua in re varij DD. sunt, alij enim aiunt iuramentum hisce pactionibus adiectum non esse obligatorium, alij verò contra contendunt ipsum efficaces reddere hasce pactiones, vide DD. in explicatione huius legis, & alios, de quibus Gail. *lib. 2. obser.* 126. Couar. *de pact. in initio 2. partis*, Seraph. *priuileg.* 20. Io. Gutierez *de iur. p.* 1. *c.* 4. D. Fachin. *lib. 8. c.* 72. Io. del Castillo *lib. 3. controuerf. c. 9.*

9 Ego nullam ex his opinionibus probo, illa enim quæ docet iuramentum non esse obligatorium, quia hæc pacta sunt contra bonos mores, *c. non est obligatorium, de reg. iur. lib. 6.* perspicuè reicitur ex scriptis supra hoc libro c. 9. ibi enim ostendi receptissimam, & verissimam huius regulæ explicationem eam esse, quæ ipsam intelligit de bonis moribus naturalibus, & canonicis, hoc est de illis, quorum inobseruantia per se continet peccatum; & ideò euidens est eam non pertinere ad pacta, de quibus tractamus, quia licet sint contra bonos mores Romanorum, non aduersantur tamen bonis motibus naturalibus, & vt ius Canonicum considerat in materia iuramenti, perpensis, prout probaui supra c. 17.

10 Quòd si hæc sententia tibi non placeat, caue ne eam reicias indistinctè, quò ad omnes scilicet, qui pacta de quibus agimus, conscripserunt, quoniam si quis eorum bona fide pacta hæc fecerit, non poterit regulam c. non est obligatorium, allegare, quia tunc ipsa suffragatur, cum ex parte iurantis inob-

ſeruatio bonorum morum adeſt, vt oſtendi d. c. 9. a num. 7.

11 Neceſſe itaque erit eum, qui iuramentum ſpernere vult, vt alleget ſe, aut auctorem ſuum, non bona fide pactum conſcripſiſſe, quod bono viro non conuenit, & forſan fieri iura noſtra non ſinunt, quod tamen non firmo, cum huius loci nõ ſit huiuſmodi diſquiſitio.

12 Altera etiam ſententia mihi diſplicet, quoniam eius fundamentum, quod conuentiones a lege ciuili infirmatæ per iuramentum fiant validæ non ſubſiſtit, vt oſtendi hoc libro cap. 1. quam tamen ſententiam, ſi ſequaris, caue ne eam intelligas quò ad ius hipothecæ ſuper his rebus factæ, quã expreſsè Iuſt. annullat, cũ enim hipothecæ ius ex iure ciuili oriatur, *§. itẽ Seruiana, Inſt. de act.* non poterit iuramentem efficere, vt hipothecaa Iuſt. reprobata vim illam obtineat, quam ius ciuile cæteris tribuit hipothecis: nam poteſtas iuramenti ad conualidandas conuentiones a lege ciuili reprobatas deducitur a DD. ex iure naturali, quod ideò in hipothecis non ſufficit, quia earum poteſtas ex iure prætorio deſcendit, non autem ex iure naturali.

13 Cum itaque nulla ex his ſubſiſtat ſentẽrijs, quid erit ſentiendum? Ego puto iuramentum in his conuentionibus interpoſitum omninò cuſtodiendum eſſe ab eo, qui iurauit, cum non vergat in diſpendiũ ſalutis æternæ, nec in tertij præiudicium, iuxta text. *in c. cum contingat, de iur. iur. cum ſimilibus.* conuentionem autem inefficacem manere, & proindè, nec hæredem, nec alium, præter illum, qui iurauit teneri ſtare promiſſis, iuxta ea, quę ſcripſi hoc libro c. 2. atque ita hanc rem intellexerunt rectiſſimè Alexan. *in l. ſtipulatio hoc modo concepta, poſt num. 7. de verb. oblig.* Alciat. *in c. cum contingat, num. 80. de iure iur.* Vaſq. *de ſucceſſ. progr. lib. 2. §. 18. num. 195.*

De donatione facta a patre filio in poteſtate exiſtenti, an naturalem pariat obligationem. Cap. XX.

1 CIrca donationem factam a patre filio in poteſtate exiſtenti dubitari ſolet. Primò, An naturalem pariat obligationem. Secundò, An iuramento firmetur. Tertiò, An valeat, ſi facta fuerit ob merita. Quartò, Quid ſi fuerit facta in contractu matrimonij. Quintò, Si fuerit facta ex cauſa ſtudiorũ. Sextò, Si facta fuerit a fratre, qui in eiuſdem patris poteſtate eſt, patre tamen conſentiente. Septimò, An valeat ſi ex cauſa dotis facta fuerit filiæ in poteſtate exiſtenti. Octauò, An valeat ſi pro legitima eã pater fecerit: de quibus breuiter dicam quid ſentiam.

2 Prima eſt dubitatio, An hæc donatio naturalem pariat obligationem, quod affirmat Bart. *in l. frater a fratre, num. 38. ff. de condict. indeb.* & alij frequentiſſimis calculis.

Mouetur Bart. duplici fundamento. Primò, *ex d. l. frater a fratre,* dum docet oriri obligationem naturalem in contractu mutui a patre facti cum filio ex pecunia filij. Secundò, quia huic donationi ius ciuile tantummodò reſiſtit.

3 Contrariam partem ſequor, quã, vt veriſſimam eſſe oſtendere poſſim, præmitto nullam extare cõſtitutionem, quæ vetet patrem donare filio, ſi enim extaret clarum eſſet nullam oriri obligationem, *l. non dubium, C. de legib. l. pacta quæ contra, C. de pact.* ſed eius inualiditas oriretur ex illa iuris noſtri parte, quæ ſancit id quod ex re patris filius acquirit, illicò ad patrem pleno iure redire, *l. cum oportet, C. de bon. quæ lib. §. 1. Inſt. per quas perſ. nob. acq.* cum enim de eſſentia donationis ſit, vt res donata, ad donatarium transferratur, *l. 1. ff. de donat.* vtique huiuſmodi conſtitutio efficit, ne donatio conſiſtat inter patrem, & filium ex re patris, quia impedit res donatas ad donatarium cum effectu peruenire; & hoc eſt, quod ſignificat tex. *in l. ſiue emancipatis 17. C. de donat.* dum ait.

Sanè, ſi ea, quæ poſitis in tua poteſtate donaueras, poſt emancipationem contra tuam reuocaſti voluntatem, horum penes te dominium remanſit, ſiquidem, nec tempore, quo voluiſti propter vinculum poteſtatis, ſibi quicquam quærere, nec poſt de rebus tuis potuerunt.

4 Hoc præmiſſo ſic arguo, vbi contractus donationis deduci in eſſe non poteſt, ibi nulla poteſt obligatio ex donatione oriri.

Sed in ſpecie, de qua agimus non poteſt in eſſe deduci donatio, igitur

In ſpecie noſtra nulla poteſt oriri obligatio ex donatione.

Maior propoſitio eſt manifeſta, quia non entis nullæ ſunt qualitates.

5 Minor ex dictis manifeſta eſt, quia de eſſentia donationis eſt, vt res donata a donatore diſcedat, & donatario cum effectu acquiratur, *l. 1. ff. de donat.* quod leges noſtræ fieri in hac ſpecie non ſinunt.

Hocque eſt illud, quod inſinuat tex. *in l. cum de bonis 9. C. de donat.* dum ait, donationem bonorum factam a patre filio in poteſtate exiſtenti donationis gratia, deſtinationem magis paternæ voluntatis eſſe, quam perfectam donationẽ, perfectio enim donationis, ex eo impeditur, quòd res donata, ad donatorem ſtatim redit, & ideò datio huiuſmodi non donatio eſt, ſed deſtinatio voluntaris paternæ, quæ non eſt apta obligationem naturalem parere, quia non tranſit in contractum, & poteſt quandoque reuocari, *l. penult. §. 1. ff. pro ſuo.*

6 Idipsũ voluit exprimere I. C. *in l. 1. ff. pro donato,* dũ ait: *ſi pater filio quẽ in poteſtate habet donet, deindè decedat, nõ capiet vſu, quoniam nulla donatio fuit;* impediente patria poteſtate rem donatam acquiri filio. Si ergo donatio nulla eſt, nullam valet producere obligationem, quod enim nullum eſt, nullum producit de iure effectum.

7 Eandem ſententiam probat tex. *in l. ſiue emancipatis, C. de donat.* dum admittit licere patri repetere rem, quam donauit filio in poteſtate exiſtenti, quia dominium eius apud ipſum manſit, ſi enim naturalis ex ea obligatio oriretur, repetitio impediretur, iuxta regulam *l. ſi id quod, & l. frater a fratre, ff. de cond. indeb.*

8 Ad argumenta partis aduerſæ facilè eſt reſpondere: nam quod habetur *in d. l. frater a fratre,* habet particularem rationem, quæ noſtræ quæſtioni non adaptatur, vt conſtat ex ſcriptis inferiùs c. 25.

9 Secundò argumento reſpondeo, malam eſſe cõſequentiam, ſolum ius ciuile reſiſtit, ergo naturalis oritur obligatio, quia in contrarium eſt *l. non dubiũ, C. de legib. l. pacta quæ contra, C. de pact.* & receptiſſima, tam

ma, tàm nostrorum, quàm Theologorum sententia, quæ docet posse legem ciuilem impedire ortum naturalis obligationis, vt supra c. 10. latè ostendi, quod
10 vbi sit per subtractionem materiæ, prout in casu nostro, nullam habere potest dubitationem: quis enim dubitat ius ciuile posse reddere incapacem acquisitionis eum, qui ex iure ciuili habet capacitatem acquirendi? hac autem dempta, quis affirmabit contractum cum eo gestum parere obligationem naturalem?
11 Cum itaque donatio, de qua agimus nullam pariat obligationem, nec in foro conscientiæ tenebitur eam obseruare, quia qui nullo iure tenetur stare promissis, in hoc foro non obligatur; poterit tamen filius sine culpa rem sibi donatam a patre retinere, quia ingens DD. numerus, qui dicunt ex hac donatione oriri obligationem naturalem, eum tutum reddit in hoc foro, in quo excusatur a culpa qui probabilem sequitur opinionem, etiamsi contraria verior sit, vt alias admonui, & clarissimum est.

Donatio facta filio, an iuramento firmetur.
Cap. XXI.

1 Secunda est dubitatio, an iuramento firmetur donatio facta a patre filio in potestate existenti, quod placet plerisque nostrorum, vide Ias. *in l. frater a fratre, in prima lectura, num. 44. de condict. indebit.* Clar. *§. donatio, q. 7.* Andr. Gail. *lib. 2. obser. 38.* Io. Gutierez *de iuram. p. 1. c. 4.* Seraph. *priuileg. 1 a.* D. Fachin. *lib. 3. cap. 77.* Card. Seraph. *decis. 1184.* Gabr. *de donat. concl. 4.*
2 Mouentur auctores huius sententiæ, primò *ex Authentica Sacramenta puberum, C. si aduers. vendit.* nempè contractus de iure ciuili nullos efficaces reddi a iuramento, constat enim donationis, de qua agimus inualiditatem a iure ciuili Rom. descèdere.
3 Secundò mouentur, quia naturalem parit obligationem huiusmodi donatio, & proindè obligat in foro conscientiæ, *c. nouit, de iud.* quod solum inspicitur, cum de iuramento tractatur, *c. cum contingat, de iureiurando.*
4 Contrariã partẽ sequitur Castr. *in cõs. 345. lib. 1.* & nonnulli alij, quos recensent auctores mox allegati, necnon Faber. *decad. 41. error 4.* & rectissimè, cum enim iuri publico priuatorum pactis non possit derogari *l. ius publicum, ff. de pact. cap. si diligenti, ff. de for. comp.* vtique iuramento patris non potest detrahi legibus nostris statuentibus, vt quod filius ex re patris acquirit, pleno iure patris fiat: nam capacitatem acquirendi leges tribuunt, non homines priuati, *lib. 1. ff. de acq. rer. dom. §. singulorum, Instit. de rerum diuis.* ergo iuramentum non potest efficere, vt donatio valeat, quia impossibile est eius rei donationem consistere, quæ illicò, ac donatur, ad donatorem redit; ex quo intelligimus impedimẽtum
5 quod donationi aduersatur, tale esse, vt satis sit ad impediendam eius validitatem, etiam inspectis iuris naturalis regulis: naturale nanque ius non finit valere donationem eius rei, quæ a donatario statim redit ad donatorem, *l. 1. ff. de donat.*
6 Pro solutione primi argumenti, vt omittam huiusmodi traditionem falsam esse, vt ostendi hoc libro cap. 1. animaduertere oportet, dupliciter infirmari contractum, qui de iure naturæ valet, ex legibus positiuis, directè, scilicet, & indirectè. Infirmatur directè, cum lex directè contractum annullat, veluti *in l. fin. C. de pact. in l. sancimus, C. de donat.* vt alios similes locos prætercam. Indirectè annullatur contractus per subtractionem materiæ, vt accidit, cum alicui aufert facultatem cõtrahendi, vel cum eximit rem a comercio, vel quando aliquem acquisitionis incapacem reddunt.
7 Quando lex simpliciter irritat contractum, plurimi nostrorum aiunt iuramentum reddere eum efficacem, quia huic contractui repugnat, vt ipsi dicunt, ius ciuile, non autem ius naturale, cuius regulæ spectantur, cum de iuramento agitur, *c. cum contingat, de iur. iur.* & ita intelligitur id quod notatur *in d. Authen. Sacramenta puberum.*
8 Quando verò per subtractionem materiæ lex ciuilis annullat cõtractum de iure naturali validum, tunc contractus ex omnium sentẽtia inualidus est, etiam secundum regulas iuris naturalis, quia deficit materia necessaria, vt in esse deduci potest, & ideò tunc non habet locum, quòd aiunt DD. *in d. Authentica Sacramenta puberum, C. si aduers. vendit.* quia in eo non militat eorũ fundamentum, & quia quod non fuit in esse deductum, non potest confirmari per iuramentum.
9 Non pertinet ergo ad nostram quæstionem huiusmodi traditio, quia per subtractionem materiæ, vt supra exposui, iuris ciuilis conditores hanc infirmant donationem auferendo facultatem donatario retinendi rem donatam, sine qua impossibile est donationem consistere.
10 Et ex his intelligimus nullum absurdum esse, ius patriæ potestatis esse potentius in hac re, quam vinculum iuramenti; quia non adest materia, quæ necessaria est, vt iuramentum possit vim suam exercere.
11 Ad secundum argumentum respondetur ex ijs, quæ disputauimus in altera dubitatione in c. antecedenti, nullam enim ex hac donatione oriri obligationem, ibi luculenter ostendimus, & euidenter.
12 Inutilis igitur est donatio inter patrem, & filiũ, etiamsi fuerit iuramento firmata, sed si pater re donata vtatur, aut eam distrahat, incidit ne in periurium? Distinguo, aut pater sciebat eam inualidam esse, aut ignorabat; si ignorabat, puto eum non incidere in periurium, quia effectus eiusmodi donationis, est vt res ad patrẽ statim pleno iure redeat; & proindè, dum pater de huiusmodi re disponit, non facit contra donationem.
13 Cum pater, rem planiùs exponam, donat filio credens donationem valere, iuratque eam obseruare, vtique eius mentis non est, vt velit abdicare a se potestatem de re disponendi, si legitimo modo ad ipsum fuerit reuersa, igitur non facit contra donationem, dum rem in suos vsus conuertit, quia ex noua causa, scilicet ex persona filij dominus huiusmodi rei factus fuit.
14 Si verò pater sciebat donationem inutilem esse, eãque iuramento confirmauit, vt efficax redderatur, puto eum incidere in periurium, si deindè rebus donatis, veluti suis vtatur, cum enim iuramentum adiecerit donationi, vt efficax fiat donatio, vtique voluit per illud abdicare a se ius, rem iterum ex per-

ſona filij, eo modo, quo ius ciuile ſancit, acquirendi, & proindè renunciauit beneficio iuris ciuilis ſtatuentis id, quod ex re patris, filius acquirit, ad patrem redire: ergo periurus eſt vtendo hoc beneficio; iuramentum enim, quod non tendit in diſpendium ſalutis æternæ, nec in damnum alterius cuſtodiri debet, *c. cum contingat, de iur. iur.*

Donatio facta a patre filio in poteſtate exiſtenti, ſi facta fuerit ob merita, vel in contractu matrimonij, an valeat. Cap. XXII.

1 TErtia eſt dubitatio, an donatio facta a patre filio in poteſtate exiſtenti ob merita donationi æquipollentia valeat, in qua affirmat Bart. *in l. frater a fratre, num. 57. ff. de condict. indeb.* & ibi DD. idem Bart. *in l. 1. §. ſi pater, ff. pro donato.* idem admittunt DD. *in l. ſi donatione, C. de collat.* & alij de quibus Clar. *§. donatio, nu.* 8. Andr. Gail. *lib. 2. obſer. 38.* necnon D. Fachin. *lib. 17. c. 74.*

2 Fundamentum huius ſententiæ eſt huiuſmodi, cum filius aliquid ex operis ſuis acquirit, eius efficitur dominus, quò ad proprietatem, *l. cum oportet, C. de bon. quæ lib. Inſtit. per quas perſ. nob. acq. in principio*, itaque cum filius ſic ſe gerit erga patrem, vt dignus exiſtimetur donatione aliqua, quo ei par gratia reddatur, videtur operis ſuis rem donatam acquiſiuiſſe: ergo res donata a patre filio, ad patrem non redit: ergo valet, quò ad proprietatem huiuſmodi donatio.

3 Contrariam partem tenent Bald. *in Authen. ex teſtamento, C. de collat.* Rom. *in l. ſi donatione, C. eod. tit.* Ant. Faber *decad. 41. error. 6.* quibus accedo, cū enim veteres leges circa res ex ſubſtantia patris ad filium peruenientes non fuerint immutatæ, adhuc enim obſeruamus, vt ſi quid ex re patris filio obueniat hoc ſecūdum antequam obſeruantiam totum patri acquiratur, *l. cum oportet, C. de bon. quæ lib. §. 1. Inſtit. per quas perſonas*, vtique donatio hæc inutilis erit: nam ſecundum iura vetera, non eſt dubium eſſe inutilem.

4 Cui fundamento non obſtat id, quod de operis filij ex aduerſo obijcitur, quia earum ratio tunc habetur, cum filius rem acquiſiuit aliundè, quam ex re patris, vt clarè colligitur *ex l. cum oportet, in principio*, dū ait, *Si quis itaque filiusfamilias aliquid ſibi acquiſiuerit, non ex eius ſubſtātia in cuius poteſtate ſit, ſed ab alijs quibuſcunque cauſis, quæ ex liberalitate fortunæ, vel laboribus ſuis ad eum perueniant, &c.* Non enim ſimpliciter admittit Imper. acquiſita ex laboribus ſuis filio acquiri, ſed ſub conditione *ſi non ex ſubſtantia patris acquiſiuerit*, & hæc eſt ratio, cur Imper. agens de bonis, quæ acquiſitionem patris effugiunt, extrinſecus venire dixerit *in eadem l. §. ſub hac, & in l. fin. in princ. eod. tit.*

5 Huc pertinet id, quod ſcribit idē Iuſt. *in §. 1. Inſt. per quas perſonas*, dum diſtinguens ea, quæ filijs acquiruntur, in duas claſſes contradiſtinguit ea, quæ ex re patris veniunt a rebus laboribus filij acquiſitis: nam ea quæ ex re patris, puta cultura filius capit, impropriè nimis dicuntur ex alia cauſa eum capere, quam ex re patris.

6 His accedit nimis impropriè dici filium acquirere ex operis, vel laboribus ſuis res, de quibus agimus, quia pater nullo iure cogente donat, & proindè laboribus ſuis eas non acquirit filius, ſed ex donatione patris, etiamſi enim laboribus ſuis excitauerit patrem ad donandum, ex patris tamen voluntate libera proficiſcantur res donatæ.

7 Non eſt ergo cur a legibus veteribus hanc infirmantibus donationem, auctoritate Iuſtiniani diſcedamus, quia veteres leges non corriguntur per interpretationes, quæ tot patiuntur defficultates.

8 Retenta tamen recepta ſententia, aduertè neceſsè eſſe, vt merita donationi æquipolleant, ex qua parte enim donatio merita excedit, ex mera patris liberalitate oritur, tunc autem æquipollere donationi dicuntur, cum ſunt huiuſmodi, vt ſi erga extraneum feciſſet filius id, quod erga patrem fecit, tantam meruiſſet donationem, ita Bart. *in d. l. frater a fratre, ff. de cond. indeb. num. 57.*

9 Hæc ſententia mihi non placet, cum enim eò magis obſtringamur benefitijs acceptis, quò minus is, a quo proficiſcuntur ea prꝗſtare tenebatur, tunc enim magis liberalitas, & eius in nos propēſio lucet, ſequitur magis nos debere extraneis, qui de nobis benè merentur, quam filijs, qui eadem præſtiterint: in facienda ergo comparatione meritorum, aliam inire debet iudex rationem, quæ vt mihi videtur, optima erit, ſi demptis ijs, quę a filijs parentibus, vt plurimūm præſtari ſolent, & quæ ſine offenſione debitæ in patrem pietatis omitti non potuerunt, rationem eorum habuerit quæ erga patrem fecerit, quod perrarò accidit.

10 Retenta eadem communi opinione dubitatur, quid ſi in donatione dicatur eam fieri tum ob merita filij, quam ob beneuolentiam, qua eum proſequitur pater, an tunc donatio valeat?

Negat donationem valere Caſtr. *conſ. 345. lib. 1.* & cum eo Alex. *in l. ſi donatione, col. 2. C. de colat.* contra, eam valere aiunt Dec. *in d. l. ſi donatione*, & Menoch. *lib. 3. præſumpt. 29. num. 55.* quos ſequitur D. Fachin. *lib. 3. c. 75.*

11 Contentionis occaſionem ex eo deducunt, quod videtur donatio duo continere contraria, eam nempè eſſe remuneratoriam, & ſimpliciter factā fuiſſe, & ideò negantis ſententiæ auctores probare nituntur ex his duabus qualitatibus eam præualere, quæ nocet donationi, alterius verò ſententiæ auctores contendunt benigniorem partem ſuperiorem eſſe debere.

12 Gratis, vt mihi videtur contendunt, quia ſermo huiuſmodi, non exprimit id, quod ipſi exiſtimant, quod, vt oſtendam, præmitto duo, & quidem diuerſa eſſe finem, propter quem donamus, & id, quod nos excitat ad donandum, hoc enim cauſam impulſiuā introducit, ille verò finalem, ille ſpetiem donationis conſtituit, hoc verò non valet, quò ad ſui eſſentiam eam mutare, quod exemplo faciam manifeſtum. Si quis liberalitatis exercendæ gratia non alia de cauſa donauerit, pura eſt, & ſimplex donatio *l. 1. ff. de donatione*, ponamus aliquem, qui habet animum poſt tres dies exercendi liberalitatem, ex amicorum commendatione, vel aliundè excitari ad liberalitatem huiuſmodi exercendam ante triduum, ſi mutata voluntate tempus huiuſmodi anteuerterit, & liberalitatis gratia donauerit, hæc non ne erit ſimplex donatio? Vtique, quia

quia non alia de causa dedit quam liberalitatis exercendæ, cur non habetur ratio aduentus Principis, vel commendationis amicorum, quæ cum excitauit ad donandum, nulla alia causa est, quam quia hæc in donatione constituenda vllam partem sibi non vindicant, non enim mouerunt donatorem, sed eum, qui iam motus erat festinare suaserunt.

13 His præcognitis facilè est intelligere verum esse, quod asserui, cum enim diligamus eos, qui de nobis bene merentur, huiusmodi amor nos excitat ad benefaciendum ipsis, & ideò cum in donatione dicitur donatorem in remunerationem meritorum donare ob amorem, quo donator donatarium prosequitur, causam impulsiuam exponit, quæ eum ad donandum excitauit, quæ ideò non repugnat, quin donatio sit remuneratoria, quia causa impulsiua non constituit spetiem donationis, sed ea tantum, quæ finalis est, *l. 1. ff. de donat.*

14 Quartò dubitatur, an si pater donauerit filio vxorem ducenti, valeat donatio: pro donatione facit, quòd hic agitur de commodo mulieris cuius interest maritum esse diuitem, etiam proindè hæc donatio pars contractus matrimonialis censenda est, & ideò valere debet.

Contrariam partem veriorem existimo, quam etiam sequitur Faber *decad. 41. error. 2.* militat enim hic ea ratio, quæ non sinit valere donationem inter patrem, & filium, quia res donata filio, statim ad patrem redit, nulla est enim lex, quæ hunc casum excipiat, ex ll. statuẽtibus ea, quæ acquirit filius ex re patris pleno iure ad patrem redire, nec vlla est ratio idonea cur excipiatur: nam quòd pertinet ad incommodum mulieris, hæc res non potest facere, vt filius retineat id, quod ius patri defert, vide *l. pactũ, quòd dotali, C. de pact.* Sibi enim imputet mulier quod cum acceperit in virum.

Donatio facta a patrem filijs in potestate existentibus, an valeat, si facta fuerit ex causa studiorum, aut dotis, vel pro eorum legitima. *Cap. XXIII.*

1 DOnationem factam a patre filio in potestate existenti ex causa studiorũ ualere multi aiunt, alijs tamen refragantibus, vide Ias. *in l. 1. num. 23. ff. sol. matr.* Clar. *§. donatio, q. 8.* D. Fach. *lib. 3. c. 79. vers. quod verò attinet.* Ant. Faber *decad. 41. error. 7.*

2 Affirmantis sententiæ fundamentum in eo positum est, quòd ea, quæ occasione litterarum acquiruntur, non pertinent ad patrem ad instar peculij castrensis, *l. fin. C. de inoff. test.* & proindè cessat ratio, propter quam donatio, de qua agimus, non valet, quod scilicet res donata ad patrem statim redeat.

3 Nec dicatur, aliud esse ex ipsis studijs filium acquirere, aliud ex substautia patris, aliquid eum capere occasione studiorum, quia responsionem supeditat I. C. *in l. 3. §. sed si in castra, ff. de donat. int. vir. & vxor.* dum docet ad castrense peculium pertinere ea, quæ filio proficiscenti in castra dantur, hinc enim sequitur, vt ad quasi castrense peculium etiam ea pertineant, quæ donantur filio a patre, vt commodiùs litteris incumbere valeat.

4 His nil refragantibus contrariam opinionem sequor, quia non omnia, quæ occasione litterarum acquiruntur, quasi castrensi peculio numerantur, sed ea tantum, quæ ex publicis stipendijs veniunt, vt liquet *ex l. fin. C. de inoff. test.* & præcipuè ex illis verbis. *De alijs autem personis omnibus, quæ per speciale priuilegium hoc non acceperunt, si possint testari dubitatum fuerat, vt puta viris disertissimis causarum patronis, necnon magistris studiorum liberalium, Archiatris quoque, & alijs omnibus omninò, qui salaria, vel stipendia percipiunt publica, in ijs itaque omnibus sancimus, omnes, qui tale peculium possident suprà ipsis tantummodo rebus, quæ quasi castrensis peculij sunt vltima condere posse elogia.*

5 Et ideò perperam donata a patre filio occasione studiorum, quasi castrensi peculio ascribuntur; exemploque castrensis peculij non rectè vtimur. In eo enim latiùs res consideratur, quam in hac re fiat ad constiruendum, namque peculium castrense sufficit, affectione militiæ, aliquod militi fuisse datum *l. 8. ff. de castr. pecul. & l. dotem 16. in fine, eod. tit.*

6 Cum ergo peculio quasi castrensi nequeant res, de quibus agimus annumerari, sequitur eas ad profectitium pertinere, cum ex re patris veniant, & proindè sequitur eas ad patrem pleno iure spectare, *iux. l. cum oportet, C. de bon. quæ lib. §. 1. Instit. per quas pers. nob. acq.* itaque non debet donatio, de qua agimus excipi ex legibus nostris docentibus donationem factam a patre filiofamilias inutilem esse, cum ratio, ex qua hęc doctrina pendet, eam quoque contineat.

7 Agamus nunc de donatione ex causa dotis facta filiæ in potestate existenti, quàm valere receptissima est nostrorum sententia, per tex. *in l. Pomponius Philadelphus, ff. famil. ercifcun.* aduersus quam insurgit Ant. Fab. *lib. 13. coniect. c. 2. ad fin.* motus ex ijs, quæ scripsit *lib. 7. coniect. c. 12.* cui sese opponit D. Facb. *lib. 13. controuers. c. 60.*

8 Speties in qua hæc incidit dubitatio proponitur a Papiniano *in d. l. Pomponius 36. ff. fami. erciscundæ,* in hæc verba, *Pomponius Philadelphus dotis causa prædia filiæ, quam habebat in potestate, tradidit: & reditus eorum solui genero mandauit: an ea præcipua filia retinere possit, cum omnes filios hæredes instituisset, quærebatur.*

In hac specie prædia manere apud filiam voluit pater, cumque reditus eorum genero solui mandauerit, vtique noluit prædia in dote esse, nam dos apud maritum manet, non autem apud vxorem. Prædia igitur penes vxorem titulo donationis manent, quia nullus alius adest titulus, quo filia vti possit: ergo donatio ex causa dotis facta a patre, filiæ familias valet; hæc est ratiocinatio, qua nostri vtuntur ad suam assertionem probandam, sed vt mihi videtur non rectè.

9 Hocque verissimum esse, vt possim ostendere, animaduerto duplici ratione quò ad rem nostram potuisse filiam de qua agimus prædia tenere, vel iure suo, quod scilicet ad ipsam pertineant, vel quia eam elegerit pater, vt prædia dotalia teneret quousque matrimonium duraret, cum onere tamen tradendi reditus marito: si admittimus iure suo mulierem prædia tenere, euidens erit donationem valuisse, quia ex ea ius acquisiuit filia in prædijs: si verò altero modo filia prædia tenet, donatio inuti-

lis eſt, quia nihil in donatarium transfertur, nudum enim tunc filiæ miniſterium eſt, nullamque offerēs ei vtilitatem, cum redditus marito tradantur.

10 Videamus nunc, quemadmodum prædia apud mulierem manſerint, id autem clarè inſinuat l. C. dum ait. *Iuſtam cauſam retinendæ poſſeſſionis habere filiam, quoniam pater prædia, de quibus quærebatur, dotis eſſe voluit, & matrimonium poſt mortem quoque patris ſteterat, reſpondi.* L. C. ait filiam habere iuſtam cauſam retinēdæ poſſeſſionis prædiorū, quia adhuc durabat matrimonium, ergo ius ipſius ex matrimonio pendebat, ergo ipſa prædia non tenebat iure proprio, ſed veluti miniſtra patris, quia ſi ex donatione ius aliquod in agris acquiſiuiſſet, non fuiſſet opus, vt matrimonium duraret: idipſum textus indicat dum ait, filiam habere iuſtam cauſam retinendæ poſſeſſionis; hic enim ſermo, non ſatis commodè trahitur ad eum, qui habet ius in re, quia ſolent diſtingui proprietas, & poſſeſſio *l. nihil commune, ff. de acq. poſſ.*

11 Idem denique confirmant poſtrema verba l. C. dum ait, *filiam etenim, quæ naturaliter agros tenuit ſpecie dotis, cuius capax fuit, defendi:* oſtēdunt enim clarè filiam potuiſſe tenere prædia, quia in dote, cuius ipſa capax eſt, eſſe cenſebantur: ergo iure donationis non tenebat, quia tunc filia, non ex titulo dotis defenderetur, ſed ex titulo donationis.

12 Sed quid, ſi pater filijs in poteſtate exiſtentibus donauerit pro eorum legitima, vtilis ne erit donatio? tractant hanc quæſtionem Angel. *in l. ſi nō mortis, ff. de inoff. teſt.* Menoch. *lib. 3. præſump. 29. n.* 109. Iaſ. *in l. frater a fratre, ff. de condit. indeb. num.* 44. D. Fachin. *lib. 3. c. 79.* & alij affirmant eam valere, alij negant, alij validam quidem eſſe putant, ſed tamen licere patri eam reuocare contendunt.

13 Negatiua ſententia veriſſima eſt, quia adhuc militat ratio, res donatas ad patrem reuerti, nullibi enim cautum reperitur id, quod pro legitima datur a filio, ad eum non redire, & ideò fruſtra excipitur ex diſpoſitione legum noſtrarum ſtatuentium ea, quę filius acquirit ex re patris, ſtatim ad eum redere, maximè cū nulla ratio adſit, cur id fiat: quod enim dicitur debitum cenſeri id, quod filio pro legitima debetur quouſque pater viuit, nimis impropriè dicitur, cum eius quantitas cōſtituatur ex quantitate bonorum, quæ pater mortis tempore reliquit, Auth. *de trient. & ſemiſ. in princ.* & quia filius poteſt decedere ante patrem.

14 Ad id quod dicitur ex aduersò donationem, de qua agimus, excludere quærelam inofficioſi *l. ſi non mortis 25. ff. de inoff. teſt.* rectiſſimè reſpondet D. Fach. id accidere, quia per donationē filius debitā ſibi portionem fuit conſecutus, & ideò non ſequitur: ergo donatio ab initio valuit, quod eſt id, de quo tractamus.

Donatio facta a patre filio in poteſtate exiſtenti, vel a coniuge coniugi, quemadmodum morte donatoris confirmetur ad l. donationes 25. C. de donat. inter vir. & vxor. *Cap. XXIIII.*

1 CIrca cōſtitutionem Iuſt. de qua *in l. donationes 25. C. de don. inter vir. & vxor.* multæ excitantur dubitationes, quarū aliquas explicare cōſtitui.

Primò dubitatur, an habeat locum in donatione remuneratoria, cum de meritis non conſtat. Negat Dec. *in l. ſi donatione, C. de collat.* quia tunc ſimulata cenſeri debet, & ideò morte non confirmatur, arg. *l. cum hic ſtatus, §. ſi quis ſponſam, de donat. inter virum, & vxorem.*

2 Contrarium ſcribunt Bart. & Alex. *in d. l. ſi donatione*, quos ſequitur D. Fach. *lib. 3. c. 76.* & rectiſſimè, quia nulla cauſa allegari poteſt propter quam æquum ſit hanc donationem eximere ex lege Iuſtiniani, ſub cuius verbis dubio procul continetur.

3 Quod verò dicebat Dec. ſimulatam eam cenſeri debere, quia de meritis non conſtat, non eſt admittendum: mala enim conſequentia eſt, non meminit donator nominatim de meritis, ergo ea merita non adſunt; multa enim inter domeſticos lares fiūt, quæ pateſieri non expedit, & hæc eſt differentia, quæ eſt inter rem noſtram, & eam quæſtionem, in qua quæritur, an donatio inter coniuges, vel inter patrem, & filium, ob merita valeat; qui enim dicunt valere, rectiſſimè deſiderant meritorum probationem, quia alias in poteſtate donatoris eſſet ius publicum eludere. Cum enim agimus de euitanda ſimulatione, ſatis eſt ad eam ſuſtinendam donationem veriſimilitudo meritorum, tunc enim ius publicum non offenditur, & regulare eſt, vt actus, qui inter homines fiunt, non præſumantur ſimulati, vt DD. noſtri communiter docent.

4 Inſuper mala conſequentia eſt, non conſtat de meritis, ergo ſimulatè donauit, meritorum enim mentio facta fuit, quò magis donatio valeret.

5 Ad textum ex aduersò allegatum optimè reſpondet D. Fachin. ibi deeſſe voluntatem donandi, quia ſi ſciuiſſet eum vxorem ſuam non eſſe, vtique non donauiſſet.

6 Hæc tamen opinio temperanda eſt, vt non procedat, quando donator crediderit donatarium aliquid feciſſe, quod tamen non fecit, propter quod donauit, aliàs non donaturus, iuxta l. 3. §. fin. *ff. de donat. l. datus 52. l. in ſumma 62. §. 1. de donat.* Cum enim tunc res ſit abſque donatoris voluntate apud donatarium, *l. cum tale; §. falſam cauſam, ff. de cond. demonſtr.* exiſtimo non eſſe locum huic conſtitutioni, quæ in voluntate donatoris fundata eſt, niſi cognita veritate donator in eadem perſeuerauerit voluntate.

7 Secundò dubitatur, an huic legi ſit locus, quando frater donat fratri rem patris, ipſo tamen conſentiente, quæ dubitatio ſupponit pro vera opinione Aret. & Iaſ. quam deffendit D. Fach. *lib. 3. c. 3.* hanc ſcilicet donationem inutilem eſſe.

8 Reſpondeo legem noſtram agere de donatione a patre facta filio, & ideò non continet ex vi verborum donationem factam conſentiente patre; aliud enim eſt patrem donare; aliud eum donationi conſentire. Per extenſionē itaque hoc fieri debet, quod tamen fieri nos non ſinit regula *l. quod verò, ff. de legibus*, neque enim dubitandum eſt, hanc conſtitutionem a regulis iuris recedere: nam quod ab initio non valet, tractu temporis non confirmatur.

9 Quod ſi contraria opinio tibi placeat, dubitari poteſt, an vtriuſque conſenſus requiratur, quod nō puto verum, lex enim noſtra ſolius donatoris conſenſum deſiderat, donator autem in hac ſpecie

eſt filius,

est filius, & ideò eius consensus erit expectandus.

10 Tertiò dubitatur, an lex nostra habeat locum, cum extat statutum irritans donationem, de qua agimus. Pro affirmatiua vrget, quòd statutum, quò ad id, de quo agimus, nihil nominatim disponit: ergo quò ad hoc ius commune erit obseruandum, quod enim non tollitur, cur stare prohibetur?

11 Contrarium veriùs est, cum enim donatio duplici laboret morbo, a iure communi nanque, & a statuto reprobatur, opus est duplici remedio, neque enim constitutio, quæ ad tollendum impedimentū ex iure communi oriens facta fuit, iuxta *l. cum hic status, de donat. inter vir. & vxor.* potest esse satis ad tollendum vitium ex iure municipali oriens.

12 Nec dicas statuta accipere interpretationem passiuam a iure communi *l. 1. §. lex falcidia, ff. ad l. falcidiam*: nam id pertinet ad ea, quæ per ipsum statutum decisa non fuerunt, cuiusmodi est id, de quo agimus: nam ex eo, quòd statutum annullat donationem, sequitur eam per mortem non confirmari, *l. quod ab initio, ff. de reg. iur. l. ex verbis* 14. *C. de donat. inter vir. & vxor.*

13 Quarta dubitatio est, an donatio vltrà legitimā summam, si non fuerit insinuata per mortem confirmetur vsque ad eam summam, quæ solemnitatē non desiderat, qua in re, alij aiunt, alij negant, vt cō stat ex allegatis per Clar. *§. donatio, q.* 17. per Anto. Gabr. *de donat. concl.* 7. ex D. Fachin. *lib.* 3. *c.* 72.

14 Affirmantis sententiæ fundamentum cōsistit *in l. sancimur, & in l. si quis pro redemptione, C. de donat.* dum disertè docent donationem, quæ solemnitatē desiderat insinuationis, quò ad eam summam, quæ legitimam quantitatem non excedit, valere.

15 In contrarium vrgent verba Iustiniani in hac lege nostra, dum ait: *nam amplioris quantitatis donationes, nec per silentium eius, qui donauit, confirmari concedimus*. Si enim benefitium confirmationis denegatur huiusmodi donationibus, si non fuerint insinuatæ, sequitur eas penitus nullas esse, quia dempta constitutione, de qua agimus, donatio non conualidatur, *l. cum hic status, de don. inter vir. & vxor. l. ex verbis* 14. *C. eod. tit.*

16 Respondent aduersarij legem nostram intelligi secundum distinctionem *dd. l. sancimus, & l. si quis pro redemptione.* Nō rectè, cum enim ex harum cōstitutionum subscriptionibus constet nostram hanc legem ante illas fuisse editam, non possumus affirmare Iustinianum voluisse eam accipere interpretationem ex eo iure, quod in illis continetur; & ideò nulla causa est cur verba eius sub hoc prætextu coarctetur. Quicunque ergo voluerit ex huiusmodi legum dispositione legem nostram restringere, confugiat ad correctionem necesse est, dicendo legem quidem nostram statuisse, vt penitùs donatio, non insinuata pereat, hoc tamen ius fuisse immutatum a Iustiniano, dum sanxit donationem vltra legitimam summam sustineri absque insinuatione, vsque ad quingentos aureos.

17 Sed huic ratiocinationi illud plurimùm obstat, quòd Iustinianus agit de donationibus, quibus nihil obest, præter defectum insinuationis, & ideò nō pertinet ad nostram donationem, quæ habet aliud vitium, & quæ iure speciali morte confirmatur, ea enim quæ ex iure communi pendent, faciliùs sustinentur, quā fiant ea, quæ iure singulari nixæ sunt, *l. eius militis, §. 1. de militar. test.* & hanc sententiam probauit Rota *decis.* 703. *num.* 8. *par.* 1. *in recentioribus* post Honded. *cons.* 59. *a num.* 35. *in* 1.

18 Quinta dubitatio pertinet ad uim ratihabitionis, alij enim efficere eam putant, vt dominium ex die factæ donationis acquisitum videatur, alij verò addunt eam etiā ad fructus pertinere, vt nempè fructus donatarij sint, ex quo facta fuit donatio, consule DD. *ibidem, & in l. si is, qui pro emptore, de vsucap.* Couar. *in* 2. *par. rub. de test. num.* 3. Clar. *§. donatio, q.* 9. D. Fachin. *lib.* 3. *c.* 73.

19 Si vim verborum perpendimus, etiam fructus continent: nam generaliter concepta sunt, inquit enim Imperator. *Tunc & silentium donataris, & specialis confirmatio ad illud tempus referratur, quo donatio conscripta sit, & sicut alias ratihabitiones negotiorum gestorum ad illa reduci tempora oportet, in quibus contracta sunt.*

20 Iuris tamen ratione inspecta, quò ad fructus distinguendum est, aut eos donator percepit, aut donatarius; si donator eos cępit, donatio quò ad eos non confirmabitur, quia morte nōn confirmatur donatio de qua agimus in illis, quæ per donatorem distracta fuerunt, *l. cum hic status, §. ambo, in fine, de don. inter vir. & vxor. l. si maritus* 12. *C. eod.* tunc enim non dicitur adesse voluntas donatoris, vt valeat donatio, & proindè, quò ad huiusmodi fructus lex nostra locum non habebit, quæ supponit huiusmodi voluntatem.

Nouatio, an hodie per coniecturas introduci possit ad l. finalem, C. de nouat. *Cap. XXV.*

1 IVstinianus edidit constitutionē circa nouationem, de qua *in l. fin. C. de nouat.* circa quas dubitatur, an hac lege factum sit, ne per coniecturas nouatio introducatur, qua in re discordant DD. vt constat ex commentarijs DD. ad hanc legem, & ex alijs, de quibus Ant. Gabr. *tit. de nouat. conclu.* 1. Menoch. *lib.* 3. *præsumpt.* 135. *num.* 35. *&* 36. Andr. Gail. *lib.* 2. *obsernat.* 30. vbi Greueius alios nouiores auctores recenset, D. Fachin. *lib.* 3. *c.* 92. & alij, quos prætereo.

2 Negantium sententia euidenter vera est: nam Iustinianus constituit nouationem non introduci, cum *aliquid fecerit, ex quo veteres iuris conditores nouationem introducebant, nihilque prioris cautelæ innouari, sed anteriora stare & posteriora illis incrementum accedere: nisi specialiter quidem remiserint priorem obligationem, & hoc expresserint, quod secundam magis pro anterioribus elegerunt*. Si enim admittimus aliquas coniecturas ad introducendam nouationem esse satis, vtique non erit verum nouationem non fieri ex ijs, quæ ad eam introducendam veteres satis esse putabant: nam coniecturæ, quæ idoneę hodie videntur, multò magis olim sufficiebant, cum per Iustinianum coarctata fuerit ratio priores obligationes nouandi.

3 Cumque non satis esset Iustiniano dixisse nouationem non fieri, nisi specialiter priorē remiserint obligationem, hæc verba addidit. *Et hoc expreßerint quod secundam magis pro anterioribus elegerint*, manifestū enim hinc est ei non esse satis de volun-

tate

tate conſtare, ſed oportere eos nominatim exprimere ſe ſecundam pro prima eligere, & proindè quod Imp. ait voluntate, non lege nouationem introduci, non eſt ita intelligendum, vt ſufficiat per coniecturas de voluntate conſtare, quia hoc admiſſo inania prorſus ſunt prædicta verba, toto enim cœlo diſtant per coniectus conſtare de animo nouandi, & partes remittere ſpecialiter priorem obligationē, exprimendo, ſe ſecūdā pro prima eligere.

4 Ideò autem hoc conſtitutum fuit, quia cum multum damni afferre poſſit ſecundam pro prima eligere, vix credere dignum eſt, etiā ſi coniecturæ aliquæ ad id nos impellāt, creditorem voluiſſe a priori diſcedere obligatione, quod eſt illud, quod Imperator inſinuat in primis verbis legis, dum inquit, *nouationum nocentia corrigens volumina*.

5 Cum autem nihil plerunque referat nouationē ipſo iure, an ope exceptionis fieri propterea a noſtris reprehenditur Accurſ. dum *in d. l. fin.* docet, nouationem ſecundum veteris iuris normam ipſo iure, hodie non fieri, ſed ope exceptionis, verba enim Iuſtiniani, quæ valdè præciſa ſunt, & ratio prædicta, hanc reſpuunt interpretationem, vide DD. allegatos Gabr. *num.* 53. Menoch. *num.* 46. Maſcard. *concluſ.* 1111. *nu.* 6. Gail. *d. concl.* 30. D. Fach. *lib.* 3. *c.* 91.

6 Quibus addo non videri capacem materiam, de qua agimus, huiuſce diſtinctionis, cum enim nouatio nihil aliud ſit, quā transfuſio prioris obligationis in aliam obligationem, *l.* 1. *de nouat.* non poteſt conſiderari nouatio ope exceptionis introducta, quia ſi prima obligatio in ſecundam fuit transfuſa, ipſo iure facta eſt nouatio; ſi verò id non contigit, nouatio non poteſt vllatenus conſiderari, cum non poſſit vlla ratione dici eum voluiſſe ſecundam obligationem loco primæ ſuſcipere, cum primam extingui noluerit.

7 Ex his autem ſequitur deciſio eius dubitationis, de qua per Gabr. *num.* 67. D. Fach. *cap.* 93. an ſcilicet hodie nouatio fiat ex ſtipulatione pœnali, *iuxta l. obligationum* 43. *in fine, de act. & oblig. l. ita ſtipulatus* 115. *de verb. oblig.* cum enim apertiſſimè Iuſtinianus caueat, ne ex illis modis, quibus introducebatur olim nouatio, hodie fiat, vtique neceſſariò ſequitur, vt dicebat D. Fach. ex huiuſmodi ſtipulatione deduci nouationem non poſſe.

8 Cumque termini habiles in hac queſtione, prout ſemper fit, ſupponantur, vtique cum de hac re quærimus, ſupponimus eiuſmodi negotiū eſſe, vt vtraque ſtare poſſit obligatio, & ideò ſi contigerit aliquem ita ſtipulari loco decem aureorum, quæ mihi debes, promittis viginti, non pertinebit ad queſtionem noſtram, quia huiuſmodi conuentionis natura non patitur vtranque ſtare obligationem. Idem iuris eſt, cum inter partes agitur, vt id, quod ex vna cauſa debetur, ex alia debeatur, veluti eum quis ſtipulatur ea, quæ penes te depoſui, mutui loco habere vis.

An obligatio naturalis oriatur inter patrem, & filium ad l. frater a fratre, verſ. contra ſi pater, ff. de cond. indeb. Cap. XXVI.

1 Contra ſi pater, quod filio debuiſſet, eidem emancipato ſoluerit, non repetet: nam hic quoque manere naturalem obligationem, eodem argumento probatur, quod ſi extraneus intra annum de peculio agat, etiā quod ei pater debuiſſet, computetur.

Circa hunc textum duæ oriuntur dubitationes. Primò quomodo conſiſtere poſſit obligatio naturalis inter patrem, & filium, cum omne id, quod filio acquirebatur extra caſtra, illicò patris fieret, *l. placet, de acq. hæred.* Secundò, an recta ſit argumentatio I.C.

2 Quod pertinet ad primum, reſpondet Accurſ. & cum eo DD. communiter, ita demum obligationem naturalem acquiſitam filio transferri in patrem, ſi non veniat ab ipſo patre, cui ne aſſentiar facit *l. pro eo* 57. *ff. de fideiuſſ.* dum tractans, an fideiuſſor accedere poſſit obligationi a patre ad fauorem filij in poteſtate exiſtentis factæ; negatiuè reſpondet addita ratione, *quia non poteſt fideiuſſor pro eodē eidem eſſe obligatus*. Si enim vbi naturalis exiſtit obligatio, ibi fideiuſſor admittitur, *l.* 7. *in fi. de fideiuſſ.* cur hic non admittitur, ſi pater promittendo filio naturaliter obligatur?

3 Cumque non poſſit conſtitui obligatio naturalis, quando non poteſt dari diſtinctio debitoris, & creditoris, quia nemo ſibi ipſi obligatus eſſe poteſt, cur hoc in caſu admittimus obligationem adeſſe, in quo pater, & debitoris, & creditoris ius haberet, ſi enim hoc non accideret, falſus eſſet I. C. ideò fideiuſſorē non admitti, quia eidem pro eodem eſſet obligatus, in quam ſententiam alia ſcripſi ſuprà cap. 19.

4 Repudiata itaque diſtinctione Accurſij, indiſtinctè dicamus, obligationem naturalem non poſſe inter patrem, & filium conſiſtere, quod etiam placuit olim Azoni, & deindè Cuiac. in explicatione huius legis, quod ideò in ſpetie de qua agimus non contingit, quia obligationis, de qua agimus pater non eſt capax, quod vbi accidit ceſſat vtique regula quæ docet id, quod per eos, qui noſtro iuri ſubiecti ſunt acquiritur, nobis acquiri, *l. qui hæredi* 44. *ff. de cond. & demonſtr. §. ſed cum factum, Inſtit. de inutilib. ſtipul.* idque veriſſimum eſſe, vt intelligas.

5 Meminiſſe debes omnem obligationem vtilitatem adferre ei, cuius gratia fit, *l. ſtipulatio iſta, §. alteri, de verb. oblig.* promiſſionemque patris reſtituendi id, quod ex peculio filij ſumpſit, in duobus conſiſtere poſſe, vt eius proprietatem, aut vſum filius ſit habiturus, vel in eo, quòd huiuſmodi pecunia ſit in eius peculio, quod verius eſt, quia filius nō habet proprietatem peculij, aut adminiſtrationē, quotieſcumque pater illud ad ſe reuocare voluerit.

6 Cum itaque pater promittit filio reſtituere id, quod ex peculio ſumpſit, vtilitas promiſſionis in eo conſiſtit, quòd ea adimpleta pinguius futurum eſt eius peculium, *iuxta l. donationes, §. pater, de donat. l.* 1. *C. de pecul.* incapax eſt ergo pater huiuſmodi obligationis; igitur ſpecialis ratio habet locum in huiuſmodi ſpetie, a qua propterea in cæteris non erit ſumendum argumentum.

7 De altera nunc dubitatione agamus, argumentatio I.C. ſic ſe habet: Cum pater actione de peculio conuenitur, ſatisfacit creditoribus filij etiā pro ea quantitate, quam filio debet, cum & hoc ſit in peculio *l.* 4. *in principio, ff. de pecul.* itaque eum pater aliquid debet filio in poteſtate exiſtenti, poſt emancipationem

cipationem etiam obligatus manet, cum teneatur actione de peculio conuentus post emãcipationem satisfacere creditoribus filij, de eo, quod ei debet.

8 Hanc argumentationem claudicare scribit in huius loci expositione Accurs. sed perperam, idque vt intelligas notare oportet in peculio existere, vel res, vel nomina debitorum, eumque existũt nomina debitorum, oportere adesse duos, quorum vnus sit creditor, alter verò debitor, in peculio autem filij de quo agimus pecuniam huiusmodi esse non potest, nisi patre debitore eius existẽte, cum ipsam pater acceperit, & consumpserit.

9 Rectissima est ergo ratiocinatio I. C. quia pater non aliter potest debitor esse, quam si alius extiterit, qui creditor sit, quod de solo filio dici potest, nec nocet id, quod opponit Accurs. *ex l. 9. §. 1. de pecul.* quia in deductione, quam pater facit alia ratio habetur, vt constat ex illis verbis, *quia præuenisse dominus, & cũ seruo suo egisse creditur,* & in §. seq. vers. nam si semper, *quia in peculio id non videtur fuisse, quod domino debetur, l. 5. in fine, de pecul. l. 1. in principio, ff. de tributor.*

Prodigus, an habeat rerum suarum administrationem, antequam ei fuerit interdicta per Prætorem, cum notorium est eum suam substantiam perdere ad l. 1. ff. de cur. fur. *Cap. XXVII.*

1 AN is, quem constat prodigum esse, habeat suarum rerum administrationem, antequã ei fuerit interdicta a Prætore, tractant DD. *ad l. is, cui bonis, ff. de verb. oblig.* vbi Hugo Donellus luculenter affirmatiuam partem defendit quod etiam facit D. Fachin. *lib. 2. c. 63.*

Dubitandi occasio ex eo oritur, quod nonnullis iuris nostri locis dicitur lege bonis prodigo interdici *in l. 1. ff. de curat. fur. in l. 5. ff. de acq. hered. in l. is cui 18. ff. de test.* alibi verò dicitur per magistratum id fieri *in l. Iulianus, de cur. fur. in l. si curatorem, C. de in integr. rest. l. si ab eo 12. ff. de vsu cap.* Iul. Paulus *lib. 3. tit. 4.*

2 Qui affirmatiuam partem defendunt, aiunt legem ministerio Iudicis nõ egere, vt facultatem administrandi res suas alicui aufferrat, & ideò contendunt non esse necessariam iusdicẽtis auctoritatem, vt prodigus desinat habere rerum suarum administrationem, cum a lege ei bonis interdicatur.

3 Qui verò negatiuam partem tuentur, aiunt frustra interdici administrationem a magistratu ei cui lex eam abstulit, tunc enim partes Iudicis sunt declarare eum, de quo agitur, bonorum suorum administratione priuatum fuisse: ergo non est admittendum legem ipsam prodigo bonis interdicere, cum pluribus iuris nostri locis legatur id per magistratum fieri.

4 Negari non potest hos locos insimul pugnare, si secundum corticem intelligantur, non possunt enim consistere legẽ bonis interdicere, & id fieri a magistratu, quia in illis, quæ ipso iure facta sunt a lege, nihil aliud facit magistratus quam declarare legis dispositioni in casu, de quo agitur locum factum fuisse: cum verò leges legibus cõcordare debeamus, experiamur, an expositio aliqua idonea occurrat, quæ eas conciliet, & vt mihi videtur, optima est, si dixerimus locos in quibus dicitur lege bonis prodigo interdici significare, hanc interdictionem legis 12. tab. auctoritate fieri prodigo, & ideò dum dicitur lege bonis interdici, exponi debet, idest legis auctoritate; quæ expositio cum ijs conuenit locis, in quibus dicitur prodigo administrationem a magistratu aufferri, sermonis latini vsui, iurisque rationi plurimum conuenit, & ideò omninò retinenda est.

5 Vsui latini sermonis congruit, quia non est nouum, id dici fieri lege, quod magistratus legis auctoritate facit, *vide l. 2. prope finẽ, vers. viles, ff. de his qui not. inf. l. 1. vers. sic Diuus, & l. fin. ff. de fals. l. 6 ff. ad l. Iul. repet. & in l. seq. vers. hodie, l. 4. vers. hac lege, ff. ad l. Iul. pecul.* vt similes alios locos prætercam, hocque sensu his locis dici lege bonis prodigo interdici, illud ostendit, quod Vlp. eorum auctor dixit hanc interdictionem per Prætorem fieri *in l. Iulianus 10 ff. de cur. furiosi.*

6 Iuris autem rationi hanc expositionem conuenire multa euincunt, & primò solere Legislatorem ea, quæ ex circumstantijs pendẽt religioni Iudicis committere, *l. 3. §. 1. ff. de testibus, l. 7. C. de fideic.* hæc enim res ex circumstantijs pendet, *l. 2. ff. de cur. fur.*

7 Secundò, quia non rarò accideret, vt is, qui cum prodigo contraxit in damno esset absque culpa, quæ enim culpa est aliorum mores non scrutari, vel ignorare, maxime in populosis ciuitatibus.

8 At dicunt aduersarij, nos de eo prodigo agimus, quem notorium est prodigum esse. Nihil est, nã loci ex aduersò adducti, nulla facta distinctione, aiũt lege prodigo bonis interdici, neque enim Vlp. ex cuius libris ad Sabinum desumpti fuerunt, toties rem ex professò tractando, sine distinctione asseruisset prodigo bonis a lege interdici, nisi in quolibet prodigo verum esset interdictionem bonorum lege fieri.

9 Præterea, vt notorium sit aliquem prodigum esse, necesse est notorium esse eum, nec finem, nec modum in expendendo habere, *iuxta l. 1. ff. de cur. fur.* ergo necesse est, vt notum sit quid, quantumvè expenderit, & qua mente; his enim ignorans sciri nõ potest, an modum in expendendo transiliat: hoc autẽ nemo scire potest, nisi eius familiaris sit: quomodo ergo verum esse poterit, aliquẽ notorie prodigum esse? perrarò vtique id accidit, ad hanc ergo speciem Legislatorem respexisse non est admittendum, cum ea quæ perrarò accidunt negligant legũ conditores, *l. nam ad ea, cum ll. seq. ff. de legib.*

10 Tertiò, cum lex bonis interdicit alicui, alteri eorum administrationem mandare debet, vt sit aliquis, qui patrimonio eius adesse possit, *l. his qui, §. Diuus. ff. de tut. datis ab his*: ergo non est admittendum a lege fieri hanc interdictionẽ, quia interim, quod magistratus curatorẽ dederit, prodigus sine auxilio maneret, quod non leue damnum est, cum pro paucis curatorem, etiamsi sua dissipent, dari videamus.

11 Quartò, litium materia non modica hæc esset: nam aperitur via reuocandi in dubium contractus ante interdictionem a Prætore factam gestos, item relinquitur magna disputandi occasio super luxuria prodigi, an notoria fuerit, nec ne, testibus inui-

cem

eem concurrentibus, in re enim huiuſmodi, haud diffieilè erit teſtes hinc indè adferre, vide tex. *in Auth. de teſtib. in princ.*

12 Eandem expoſitionē alia etiam adiuuāt, ſi enim dicimus a legemet interdici bonis, quomodo exponemus eos locos, in quibus dicitur, id per Prętorem fieri? aliud eſt enim Prætorem declarare a lege aliquem priuatum fuiſſe bonorum ſuorum adminiſtratione, quia illa diſſipat, aliud Prætorem ipſum bonis ioterdicere: quomodo inquam exponemus ſine incommodo maximo tot iuris locos ex diuerſis deſumptos auctoribus? quomodo etiam exponemus verba Caij *in l. patri 28. ff. de minor.* dum ait, *Aut eius vitæ ſit iſte adoleſcens, vt meritò etiam bonis ei interdici debeat?* omnes vtique, quę afferri poſſunt interpretationes incōmoditatem aliquam habent, quæ propterea reici debent, cum ea, quam nos ſequimur, vndique commoda ſit.

13 Supereſt, vt refellamus nonnulla alia argumenta, quibus ſententiæ affirmatiuæ aſſertores vtūtur, aiunt enim prodigum, & furioſum æquiparari, *l. is cui bonis, ff. de verb. oblig. l. ſi curatorem habens, C. de in integr. reſt. l. 1. ff. de cur. fur. l. his qui, §. Diuus, ff. de tutor. dat. ab his.* ſicut ergo is, qui in furorem incidit, ſtatim amittit ius patrimonij adminiſtrandi, ita is debet amittere, qui in prodigalitatem incidit.

14 Reſpondeo maximnm eſſe diſerimen inter prodigum, & furioſum: nam prodigus ſecundum iuriſgentiū regulas habilis fit ad comercia, & ideò fuit neceſsē, vt iure poſitiuo ius iſtud ei demeretur, *l. 1. ff. de cur. fur.* furioſus autem ſtatim iure naturę inhabilis fit ad contrahendū. Similitudo ergo inter furioſum, & prodigum adeſt cum bonis prodigo fuit interdictum, in qua ſpecie loquuntur iura ex aduersò allegata, antea verò non adeſt, niſi quòad hoc, vt ei ſicut fit furioſo debeat rerum ſuarum adminiſtratio auferri, & ita loquitur *l. his qui, §. Diuus, ff. de tut. dat. ab his.*

15 Aiūt præterea vim notorij rei iudicatæ æquiparari ex *l. emptorem 12. ff. de act. empt.* ergo ſatis eſt ad auferendum prodigo ius adminiſtrandi, notorium eſſe eum prodigum eſſe, ſed fruſtra, vt enim alia prætermittam, aio tunc demum notorium rei iudicatæ vim obtinere, cum agitur de re, quæ in eontrouerſiam deduci nequeat, cum enim res dubitationem admittit, abſurdiſſimum eſſet de ea sē tentiam ferre, antequam omois dubitatio fuerit ſublata, non pertinet ergo ad rem noſtram ius notorij, quia de re agimus, quæ ſemper admittit dubitationem, cum oeceſſe ſit, antequam quis prodigus declaretur, vt ſciamus, qua mente ſua profundat, non ſemper enim inſani hominis eſt largius expendere.

16 Aiunt etiam aduerſarij fruſtra expectari iuſdicentis operam, vbi clarum eſt, quem res ſuas perdere, expedireque Reip. quamcitiſſimè ei bonis interdiel, eum ea diſſipat: nibil eſt, vt enim ſuprà expoſui, incertum eſt plerumque, an quis ſit prodigus, cum ex eircumſtantijs pendeat, & ideò hæc res ex illis eſt, quæ operam iuſdieentis deſiderant, & licet Reip. expediat neminem rebus ſuis abuti, ei tamē non expedit, bonorum adminiſtrationem alicui ipſo iure aufferri, vt declaraui nu. 11.

17 An autem Iudex interdixiſſe adminiſtrationem cenſeatur ei quem prodigum declarauit, nōn eadem omnium opinio eſt; affirmant Bal. *in l. 1. ff. de cur. fur.* Imol. Rom. Cuman. Alex. Aret. *in d. l. is, cui bonis, ff. de verb. oblig.* quos ſequitur D. Fachin. *lib. 2. cap. 66.*

Fundamentum huius ſententiæ eſt, quia prodigo ipſo iure adimitur a lege adminiſtratio, *l. 5. ff. de cur. fur.* ergo ſatis eſt, vt quis definat rerum ſuarum adminiſtrationem habere, prodigum eum declaratum fuiſſe.

18 Contrarium docuit Bart. *in d. l. is cui bonis, nu. 2.* & alij, de quibus Ripa *ibi nu. 30.* quia diuerſa ſunt aliquem deelarari prodigum, & eum bonorum adminiſtratione priuare, & ideò non poteſt de vno ad aliud argui.

19 Hæc poſtrema opinio verior eſt, etiam retenta eorum opinione, qui docenr prodigo notorio bonis a lege interdici, cum enim non ſemper, quæ Iudex decernit, euulgentur, mala conſequentia eſt, prodigus eſt, ergo non poteſt bona ſua adminiſtrare, debet enim expectari, vt decretum magiſtratus euulgetur, ex tunc enim, eum prodigus notorius ſit, ſecundum hanc opinionem, deſinet habere facultatem res ſuas adminiſtrandi, quia ex eo tempore lex ei bonis interdicit.

20 *Ad l. 1. de cur. fur.* reſpondeo hanc legem habere alium ſenſum, quem ſuprà expoſui a nu. 4. quòd ſi huiuſmodi intellectus tibi non arrideat, adhuc nō obſtat, illi enim, qui aliter, ac nos faeimus ipſam accipiunt, eam intelligunt, non de omni prodigo, ſed de eo, qui notorius prodigus eſt, quo ſenſu etiā alios ſimiles textus intelligunt, & ideò huiuſmodi textus auctoritate non poteſt indiſtinctè affirmari, declarationem huiuſmodi priuare prodigum bonorum admioiſtratione.

21 Secus tamen erit, ſi vetitum fuerit a Prætore, ne quis cum prodigo contrahat, in neceſſariam enim anteeedentiam eidem ſuorum bonorum adminiſtrationem auffert, iniuſtè enim vetaret, ne quis eū eo contrahat, ſi rerū ſuarum adminiſtrationem habet, atque ita docent DD. com. *in d. l. is, cui bonis,* quos ſequitur D. Faebin. *lib. 2. c. 66.* aduerſus Bart. *ibidem num. 3.* qui ex eo mouetur, quòd interdictio ipſimet prodigo fieri debeat, *l. Iulianus, de curat. furioſi.*

22 Reſpondeo eidem factam fuiſſe ioterdictionem in neceſſariam antecedentiam, quod ſatis eſſe debet, cum lex formam bonis ioterdicendi non præſcripſerit, iuxta regulam iuris taciti, & expreſſio eadem eſt virtus.

23 Rectius ſentit Bart. *in d. l. is cui bonis, nu. 13.* dum ſeribit interdixiſſe bonis eēſeri Prætorem, qui prodigo curatorem dat; cum enim curator detur bonis, ad eumque bonorum adminiſtratio ſecundum iuris regulas pertineat, vtique eo ipſo, quod quis eu ratorem habet, definit rerum ſuarum adminiſtrationem habere, qua de cauſa I.C. *in l. 1. ff. de cur. fur.* cum vellet docere, tunc temporis ſolere Prætores bonis interdicere prodigis, dixit ſolere euratores dare illis, qui nec modum, nec finem in expendendo habent.

Contractus

Contractus facti a prodigo post interdictionem, an valeant, si iuramento fuerint firmati, & quid si facti fuerint cum eo, qui ignorabat ei fuisse bonis interdictum. Cap. XXVIII.

1 AN cõtractus a prodigo facti post quam ei fuit bonis interdictum per iuramentum efficaces fiant disputant DD. *in l.is cui bonis,ff.de verb.oblig.* Seraph. Io.Gutier.& alij, qui de iuramento tractatus euulgauerant, nec non D.Fachin. *lib.2.c.68.*& non omnium est idem sensus.

Vt veritas elucescat, videndum est, an secũdum iuris naturalis regulas contractus hi valeant, quod non videtur affirmandum, cum similis existimetur prodigus furioso, *l.his qui, §. Dinus, ff. de tut. & cur. dat.ab his.* licet enim in sermone meritis compos videatur, rè tamen ipsa mente carere videtur, cum patrimonium dissipet, vt ait eo loci I. C.

2 In contrarium est veritas: nam, vt apud Romanos prodigo bonis interdiceretur, necessè fuit iure positiuo id introducere, *l. 1. ff.de cur. fur.* quod vtique necessarium nõ fuisset si naturali iure inspecto alienatio non teneret, quo spectat tex. *in d. §. Dinus,* dum ait, curãdum esse ne prodigi in egestatem incidant, si enim irriti essent contractus huiusmodi naturali iure retractari possent, & per consequens patrimonium prodigi saluum, saltem ex parte, maneret, atque ita sentiunt DD. vt mihi videtur ferè omnes, dum enim disputant, an notorius prodigus habeat rerum suarum administrationem, præcipuè mouẽtur ex ijs locis, in quibus dicitur lege bonis prodigo interdici, ad legem enim positiuam dubiam non confugerent, *si* ex regulis iuris naturalis prodigum non posse contrahere crederent.

3 Ad argumentum ex aduersò adductum respondeo, amplificationis gratia, similem dici prodigum furioso ante interdictionem, quia verè plurimum distant, licet enim prodigus prudenter non se gerat, intelligitur id quod facit, quod satis est vt secundum iuris naturalis regulas valeat conuentio, *l. 1. ff. de pact.* cautè ergo vti debemus hmõi similitudine, & amplificatione ne in errorem incidamus.

4 Iure ergo positiuo infirmantur hi cõtractus; omnis itaque difficultas ad id redigitur, an huiusmodi defectum supplere possit iuramentum, quod si tibi placeret opinio, quam de hoc lib. c. 1. defendi, iuramentum non posse validas reddere cõuentiones, a lege positiua improbatas, omnis cõtrouersia cessaret; sed quia homines sunt faciles ad dissentiendum, proponam, quæ sunt propria huius loci.

5 *Iulianus scribit eos, quibus per Prætorem bonis interdictum est, nihil transferre posse ad aliquem, quia nihil habeant in bonis cum eis diminutio sit interdicta* sunt verba *l. Iulianus 10. ff. de cur. fur.* & ideò I. C. *in l.furiosi 41. ff. de reg. iur.* ait *furiosi, vel eius, cui bonis intredictum sit, nulla voluntas est.*

6 Constat autem consistere secundum ius naturale non posse contractum, vbi alter, ex contrahentibus alienandi potestate caret. Item constat plurimum naturali iuri conuenire, ne prodigus habeat rerũ suarũ administrationẽ: ergo, vtroque iure inspecto, vbi prodigus alienat, nullus deducitur in esse contractus: ergo impossibile est iuramẽtum reddere efficacem hanc conuentionem, quia quod non est, confirmari non potest.

7 Secũdò constat auctoritati publicæ per iusiurandum priuatorum non posse derogari, *c. si diligenti, de fos.comp. cum similibus.* ergo per iusiurandum non restituitur prodigo bonorum administratio, quia hoc publicæ plurimum detraheret potestati.

8 Tertiò leges de prodigo tractantes, & facultas bonis interdicendi inanes essent, quia ea facilitate, qua prodigus contrahit, iuramentum contractui adijcit, hoc autem dicere absonum est, igitur non est admittendum per iuramentum effici validum contractum, de quo agimus, & hoc incommodum, cum animaduertissent auctores statutorum patriæ meæ statuerunt, vt iuramentum hoc in casu censeatur metu extortum, *vt in c. 25. lib. 5.* quod efficit, vt iuramentum non suffragetur huic contractui, etiam retenta opinione, quam impugnamus ex traditis supra hoc lib. c. 1. a nu. 27.

9 Opponitur contra hanc sententiam vulgata assertio, iuramentum obseruandũ esse cum non vergit in dispendium salutis æternæ, &c. Respondeo nihil a nobis proponi, quod religioni iuramenti aduersetur: nam prodigum debere iuramentum a se consulto præstitum obseruare concedimus, sed nõ indè sequitur, ergo eius curator tenetur etiam illud obseruare, quia ipse non iurauit, quod satis est, vt possit retractare quicquid prodigus incõsultè gessit, hoc enim eius munus est.

10 Opponitur secundò iuramentum reddere efficaces alienationes a lege ciuili reiectas. Respondeo intelligi debere dummodò illi, qui contraxerunt ius comertij habeant, omnes enim tex. ex quibus hæc deducitur assertio, de illis tractant, qui comertij ius habent, ergo non debet trahi ad prodigum, cui bonis fuit intetdictum, quia ius comertij quantum ad alienationem spectat nullatenus habet, ratio autem differentiæ est, quia absurdum esset posse aliquem priuata auctoritate sibi vindicare ius cõmertiorum, quod iure publico ei fuit ablatum.

11 Et hæc opinio valdè conuenit cum mente iuris nostri conditorum: quis enim credat eos voluisse aperire viam prodigo, cui bonis fuit interdictum patrimonij dissipandi? itaque ab ea prudens, ac doctus Iudex non discedet.

12 Tractemus nunc, an contractus a prodigo gesti valeant, antequam interdictio fuerit publicata, si ignoretur ab eo, qui cum illo contraxit, quod placet Castren. *in d. l. is cui bonis, nu. 11.* vbi Aret. *nu. 2. vers. aduestè tamen.* Ripa *nu. 37.* D.Fach. *lib. 2. c. 68.*

Mouentur primò *ex l. sed si populus, §. proscribere, ff. de instit. act.* dum ait, debere publicari, ne quis cum institore contrahat, aliàs contractus valebunt.

13 Secundò mouentur *ex l. si sciens, ff. de contrahen. empt.* dum ait, *si sciens emam ab eo, cui bonis interdictum sit, dominus non ero.* insinuare enim videtur secus esse si ignorans emerit.

14 Contrarium defendit Alex. *in d. l. is cui bonis, nume. 12.* & rectissimè, cum enim impossibile sit valere comertium cum eo, qui ius comertij non habet, gestum fieri non potest, vt is cui Prætor ius comertij, quò ad diminutionem, abstulit, contractum in esse deducat, nisi ius comertij recuperauerit, nihil ergo refert, an interdictio fuerit publicata, & an

ci nota

ei nota ſit, qui cum prodigo contraxit, neque enim hæ circumſtantiæ, facultatem alienandi prodigo valent reſtituere: fateor ſine culpa incidere in damnum eum, qui contraxit cũ prodigo, ſed patienter eum id ferre oportet, cum ex iuris naturalis fontibus deſcēdat, vt contractus cum eo, geſſus, qui ius comertij non habet, nihil valeat, eoque factius id ferre debet, quòd iuris regula nos monet, vt conditionem eius, cum quo contrahimus, diſquiramus, *l. qui cum alio, ff. de reg. iur.*

15 Ad argumentum primo loco propoſitum reſpondeo magnam eſſe diuerſitatem, inter inſtitorem, & prodigum: inſtitor enim in taberna ipſa manet, & res domini tractat, & ideò ille, qui eum propoſuit, dediſſe errori cauſam videtur, niſi palam proſcribat ſe nolle cum eo contrahi; non eſt ergo inde ad rem noſtram arguendum, quia aliæ diuerſæque regulæ circa prodigum obſeruantur, cum enim ſemel publicata fuit interdictio, inutiliter eum alienare cõſtat, è contra inſtitor rectè cõtrabit poſtquam ſibi fuit ius contrahendi a domino interdictum, niſi dominus, verbis claris in taberna proſcripſerit, ſe ſe nolle inſtitorem contrahere, vt in tex. ex aduersò allegato diſertis verbis dicitur.

16 Ad ſecundum, vt reſpõdere commodè poſſim, præmitto iuris clari eſſe contractum geſtum cum prodigo patrimonium diminuente inutilem eſſe, cum interdictum ei bonis fuit, ſi interdictio fuerit publicata. Secundò præmitto perrarò accidere interdictionem nõ euulgari, eſto quod id facere opus ſit, vt vim habeat, quia non ſunt adeò negligentes magiſtratus, eorumque ſcribæ, vt ſimilia paſſim prætermittant, vt experientia docet.

17 Cum ergo tex. *in d. l. ſcient*, agat de eo, cui bonis fuit interdictum, vtique intelligi debet de eo, quem præco bonorum adminiſtratione carere euulgauit, non eſt ergo admittenda explicatio, quã aduerſarij afferunt, quia ex ea ſequitur aduerſus receptas traditiones, eum qui cum illo, cui bonis fuit interdictum, contraxit, acquire poſſe ex hoc contractu, ſi ignorauerit ei fuiſſe bonis interdictum.

18. Aliter ergo exponēdus eſt tex. & vt mibi videtur ad tractatum vſucapionis referri debet, vt is, qui emit ignoranter ab eo, quẽ vetuit Prætor alienare rem vſucapiat: hoc enim verum eſſe indicat *l ſi ab eo 12. ff. de vſucap.* vt ſit ſenſus eum, qui ſciens ab eo cui Prætor alienare vetuit per longum tps non ſit dominus: hęcque interpretatio neceſſaria eſt, ne dictum I.C. in abſurditatem incidat, coniungit enim & pari iure determinat, eum qui a prodigo, cui bonis interdictum fuit, emit, cum eo, cui tẽpus ad deliberandũ datum fuit de hæreditate, vt ei diminuēdi poteſtas non ſit, ſi enim ex hoc tex. colligimus eum, qui emit a prodigo fieri dominum, non poſſumus negare idem eſſe in eo, qui emit abeo, qui adbuc non deliberauit adire hęreditatem, quod abſurdiſſimum eſſe pluſquam manifeſtum eſt.

An prodigus ad pœnas pecuniarias obligetur, & an reſtituatur aduerſus contractus ante interdictionem inconſultè geſtos. Cap. XXIX.

1 VArij etiam ſunt DD. cum quærunt de pœna pecuniaria a lege impoſita, an prodigum, cui bonis fuit interdictũ cõtineat, vide DD. *in d. l. it cui bonis, & in l. furioſi 4 t. de reg. iur.* Menoch. *de recup. poſſ. remed. 9. num. 96.* D. Fachin. *lib. 2. cap. 68.* omiſſaque lõgiori diſputatione meam expono ſententiam.

Nulla cauſa eſt, cur ex legibus pœnalibus generaliter loquentibus excipiatur prodigus, ergo gratis affirmatur eum ſub his legibus non contineri.

2 Antecedens manifeſtum eſt, quia ea ratio, quæ mouit Legiſlatorem, vt pœnam poneret, vt homines a delictis retraheret, habet locum in prodigo magis quam in illis, qui curam patrimonij habent, boc enim genus bominum facilius, quàm cæteri in vitia labuntur, quippè, qui valdè imprudentes ſunt, voluptatiſque mancipia.

3 Ad id, quod dicitur eos nõ poſſe ſuum patrimonium alienare, reſponſio in promptu eſt, id procedere in alienationibus voluntarijs, quas ipſi faciũt, nec babere locum in illis, quæ publica fiunt auctoritate, *l. 1. §. 1. l. 3. §. 1. ff. de reb. eorum.*

4 Tractare nunc oportet, an rrſtitutio prodigo ſit concedenda aduerſus ea, quæ inconſultè geſſit, antequam ei bonis fuerit interdictum, quod communiter DD. affirmant, quos refert, & ſequitur D. Facbin. *lib. 2. cap. 63.* duplicique mouentur ratione. Primò, quia minori prodigus æquiparatur *l. 4. in fi. ff. de priuil. credit.* Secundò, quia lex furioſos prodigoſque æquiparat.

Contrariam ſententiam tuentur Odofr. & Alb. *in l. curatorem babens, C. de in integr. reſt.* Iaſ. *in d. l. is cui bonis, num. 12. ff. de verb. oblig.*

Mouentur ex eo, quòd nulla lege id cautum ſit, & quia lex videtur approbare hoſce contractus, *l. Iulianus 10. de cur. fur.*

5 Hæc diſputatio ex eo pendet, an clauſula, quam in edicto, de quo *in l. 1. ff. ex quibus cauſ. maior.* poſuit Prætor, prodigo adaptari poſſit: verba eius ſunt. *Itē ſi qua alia iuſta cauſa mibi videbitur in integrum reſtituam:* huius autem clauſulæ ea uis eſt, vt quoties æquitas reſtitutionem ſuggerit, poſſit ex ea maiori 25. annis reſtitutio concedi, ſi credimus Vlp. *in l. ſed & ſub, §. quotier, ff. ex quibus cauſ. maior.* æquitatis autẽ ratio prodigo fauere videtur, bumanius enim videtur conſulere ei, qui res ſuas profligauit.

6 Aliud tamen ſentio, nam in edicto Prætor eorum tantum rationem habet, qui culpa carent, vide *l. 2. & 3. l. 16. ff. ex quibus cauſ. maior.* non eſt ergo, cur magiſtratus ex hoc edicto reſtituat prodigum, cum ei maxima culpa imputari poſſit.

7 Addo rem vtilem eſſe Reip. eos, qui res ſuas diſſipauerunt in illis recuperandis iure ordinario vti, ne illi, qui faciles ſunt in expendendo hac ſpe freti damnoſos ineant contractus. Prodeſt etiam Reip. eorum, qui patrimonium diſſipauerunt, exempla miſeratione digna occurrere, quò alij cautius ſua cuſtodiant, non videtur ergo menti Prætoris conuenire reſtitutionem hanc indulgere.

8 His accidit nibil aliud pro prodigo allegari, quã inconſultam facilitatem in rebus ſuis alienandis, hæc autem ſi prodigo prodeſt, cur ei non proderit, qui prodigus eſſe deſijt, & per conſequens quicunque largius quandoque expendit, poterit hoc beneficio vti, etiam ſi ei deindè bonis non fuerit interdictum, quod admittere non debemus, cum hinc litium

litium maximus numerus oriatur, & plurimum commertia offendantur.

9 Ad primum contrariæ sententiæ fundamentum respondeo textum allegatum loqui de eo cui bonis interdictum fuit, nam loquitur de eo, cuius bona quis, cum curator nõ esset, veluti curator administrauit, in quibus terminis æquiparatio valet inter minorem, & prodigum, extra hos autem terminos secus est, nam nec iuris ratio, nec lex vlla eã admittit, ergo frustra allegatur in hac quæstione, in qua agimus de eo, cui bonis non fuit interdictũ.

Ad secundum, aliàs respondi comparationem, prodigi, & furiosi fieri, cum interdictum fuit bonis prodigo antea verò non, & ita loquuntur iura, quæ hanc faciunt comparationem, non rectè igitur in hac quæstione allegatur.

Vicinus, an possis cogi vendere Ecclesiæ, vel Monasterio domum, vel agrum ei adhærentem. Cap. XXX.

1 SI quis habeat agrum, vel domum Ecclesiæ, vel Monasterium Monacorum, vel Monialium proximum, & expediat Ecclesiæ, vel Monasterio huiusmodi rem habere, vicinum cogi posse eã vendere, nostris placet. Vide Cępoll. *de seru. vrb. prȩd. c. vlt. nu.* 5. Doctores *in l. 2. ff. solut. matr.* vbi Ias. *nu.* 4. Pet. Barbos. *par. 1. princip. num.* 38. *vers. tertiò*. Anto. de Padill. *in l. altius, nu.* 22, *C. de seru. & aqu.* Gram. *decis.* 75. Didac. Couar. *lib.* 3. *cap.* 14. *num.* 7. Franc. *decis.* 213. *num.* 5. *&* 6. Rot. Rom. *in Recentioribus, par. 1. decis.* 372. *&* 676. *& par. 2. decis.* 213. & alios ab his relatos; sed quia video, in huius rei explicatione plurimum aduersus æqui, & boni rationem peccari, diligenter de ea agere statui; vt autem omnia liqueant, duo exponenda sunt. Primò, an hæc opinio vera sit. Secundò si vera est, quomodo sit intelligenda.

2 Quò ad primum spectat, puto, sententiam hanc iuri nostro aduersari, quod etsi ostendere prius nixus fuerit Couar. opera tamen nostra non est futura superuacanea.

Inuitum comparare, vel distrahere postulantis desiderium iustam causam non continet, sunt verba textus *in l. inuitum, C. de contraben. empt.* cui consentit tex. *in l. sicut, C. de act. & oblig.* dum ait, *sicut initio libera potestas vnicuique est habendi, vel non habendi contractus* &c.

Hæc verba vi sua continere, Ecclesiam, vel Monasterium volentem vicinum cogere rem sibi vendere, nemo certè inficiabitur, maximè, quia habemus legem, quæ sancit, neminem ex hac regula exceptum censeri, qui specialiter non fuerit ex ea exẽptus, scilicet tex. *in l. dudum, C. de contrab. empt.* cuius verba hæc sunt; *sed quia grauis hæc videtur iniuria, vt homines de rebus suis aliquid facere cogãtur inuiti, superiori lege cassata, vnus quisque suo arbitrio quærere, & probare possit emptorem, nisi lex specialiter quasdam personas facere prohibuerit.*

3 Eoque facilius admittent aduersarij, sub prædicta regula Ecclesiam, & Monasteria contineri, si intelligent, fundamentum, cui innititur, desumptũ esse ex ratione naturali, quæ iubet, voluntatem domini in rei suæ alienatione seruari, §. *per traditionẽ, Instit. de rer. diuis.* nec patitur ius nostrum, nobis sine facto nostro auferri, *l. ius nostrum, ff. de regul. iur.* hæc enim ratio cũ vigeat, quando Ecclesia, vel Monasterium cogere vult aliquem rem suam vendere, verum vtique erit, sub regula, de qua agimus Ecclesiam, & Monasteria contineri, & ideò Rota *in Recentioribus, par. 1. decis. 676. nu. 2.* dicit priuilegium deductum *ex d. l. si quis sepulcrum*, ad fauorem Ecclesiarum, esse exorbitans a regulis iuris.

Necesse ergo est, vt aduersarij, qui Ecclesias, & Monasteria ab ea eximunt, legem ostendant, quæ specialiter Ecclesias, & Monasteria eximat ab huius regulæ obseruatione, vt exigit tex. *in alleg. l. dudum, C. de contrab. empt.*

Ad id autem probandum plures quidem iuris nostri locos allegant, sed frustra, omnia enim longius petita sunt, & a re nostra plurimum absunt. Potissimum autem fundamentum desumptum est *ex l. si quis sepulcrum, ff. de relig. & sumpt. fun.* dum ait, *Si quis sepulcrum habeat, viam autem ad sepulcrũ non habeat, & a vicino ire prohibeatur, Imperator Antoninus cum patre rescripsit iter ad sepulcrum precariò peti, & concedi solere, vt quoties non debetur impetretur ab eo, qui fundum adiunctum habeat.*

Respondeo, tex. agere de concessione itineris ad sepulcrum, quod suaptè natura domino fundi modicum, immò nullum damnum affert; rarò enim homines sepulcra adeunt, & ideò in huiusmodi casu locum sibi vendicat regula *l. 2. §. item Varus, ff. de aq. pluu. arc. Id quod tibi non nocet, & mihi prodest, æquitas vult, vt concedatur, etiam si iure deficiat*: ergo decisio huius textus non potest trahi ad quæstionẽ nostram, in qua de re vicino grauissima agitur, vt scilicet rem suam vendere cogatur, traditum est enim, extensionem de casu ad casum etiam in materia fauorabili non admitti, nisi eadem prorsus ratio vigeat in vtroque casu, vide lib. 3. c. 22. num. 11.

4 At dices, Iurisconsultũ tractare de eo casu, quo iter damnum non leue afferebat domino, quia inquit, *Ita tamen, vt Iudex de opportunitate loci prospiciat, ne vicinus magnum patiatur detrimentum.* Respondeo speciem singularem non tractari ab Vlp. auctore huius textus, sed rẽ in abstractò exponi, & per modum regulæ, vt liquet ex verbis antecedẽtibus, & ideò dum prædictis verbis admonet Iudicem datum ad constituendum iter, vt opportunè, & sine damno domini iter constituat, id facit, vt intelligat, quomodo versari debeat hac in re, vt scilicet minus, quam fieri possit dominus fundi lædatur. Itaque verissimum est, quod dixi, decisionem illius textus pendere ex eo, quod leue, immò nullum damnum concessio itineris ad sepulcrum plerunque continet, plerunque inquam, quia licet interdum secus fit, non refert, quia in legibus id, quod plerunque accidit, sequimur, non quod rarò euenit, *l. nam ad ea, ff. de leg. cum ll. seqq.*

5 Sed estò, textum loqui in casu, in quo damnum concessio itineris domino fundi affert, quid tum? ergo ne ad quæstionẽ nostrã trahi poterit? nequaquam, nam damnum, quod pp concessionem itineris affertur, est longè minus, quam sit id, quod affertur, cum quis cogitur rem suam vendere, non enim extensio permittitur, nisi eadem prorsus ratio vigeat, ac ita fortis, vt in lege, quę extenditur, vt constat ex scriptis c. 22. nu. 11. lib. 3. & in proposita quæ-

ta quæstione agnoscit Rota *d.decis.676. nu.7.& 8.*

6 His accedit, sepulcri, de quo I.C. agit, nullum futurum fuisse vsum, si denegatum fuisset iter ad illud, quæ circumstantia magni certe momenti fuit ad commouendum Impp. Seuerum, & Antoninum, vt rescriberent ad fauorem domini sepulcri; tunc enim magis vrget dictamen illud naturale, quod tibi non nocet, & alij prodest &c. Hæc autem circumstantia in quęstione nostra deficit, ergo hę species sunt valdè dissimiles, quæ fuit animaduersio Couar. *loco suprà indicato, num.8. vers. sic nec Iurisconsulti.*

7 Secundò affertur tex. *in l.a.§.locum, ff.de relig.& sumpt.fun.* vbi proponitur hæc regula: *locum, qui seruit nemo religiosum facit, nisi consentiat is, cui seruitus debetur.* Deindè subdit Iurisconsultus hæc verba, quibus prædicta regula limitatur; *sed si non minus commodè per alium locum seruitute vti potest, non videtur seruitutis impediendæ causa id fieri, & ideò religiosus fit.*

Respondeo, sępe accidere, vt quis habeat seruitutem in fundo, ita, vt possit ea vti in qualibet parte fundi, *l.nam satis, §.cæterum, ff.quemad.seru.amit.* de qua specie agitur in huiusmodi tex. vt constat ex illis verbis: *Sed si non minus commodè per alium locum seruitute vti potest.* Nam si non licuisset ei locum seruitutis mutare, *iuxta l.si cui, ff. de seruit.* vtique non dixisset eum alio loco seruitute vti posse, sed dixisset, si alio loco seruitus constitui æquè commodè possit; non est ergo mirum, si locus fiat religiosus, quia ideò locus, qui seruit, non fit religiosus sine consensu eius, cui seruit, ne impediatur seruitus, hoc enim cessat, quoties æquè commodè in alia parte fundi seruitute vti potest, & hoc est, quod insinuat Iurisconsultus in illis verbis; *non videtur seruitutis impediendæ causa id fieri.*

Non licet ergo hinc ad quæstionē nostram trahere argumentum, quia toto cœlo distat, quē rem suā cogi vendere, & eū cui debetur seruitus in fundo, non posse impedire aliquam partem fundi fieri religiosam, si modo nullum damnum sentiat, tunc enim contra eū vrget ratio æquitatis, quæ suadet, vt id, quod nobis non nocet, & alijs prodest, liberaliter concedamus, *l.a.§.itē Varus, de aqu.plu.arc.*

8 Tertiò pro hac sententia affertur *l. 1. C.de com. seru.manumiss.* vbi ea pluribus dominis serui, si vnus libertatem dare voluerit seruo, alij coguntur partem suā vendere, si enim fauore libertatis quis cogitur rem suam distrahere, longè magis id licebit fauore Religionis.

Nihil est, quando enim plures sunt domini serui, & vnus vult eum liberum facere, alij verò negant, res ita componi nō potest, vt omnes fiant voti compotes, quia seruus diuisionem non recipit; cum ergo altera pars vincere debeat, non est mirum, si illa, quæ libertati fauet superet alterā, vbique enim veteres libertati fauent, ratione ergo communionis fauore libertatis constitutum fuit aduersus rationem iuris, vt quis partem suam vendere cogatur; non debet ergo hoc trahi ad rem nostram. Primò, quia id, quod contra rationem iuris introductum fuit, non trahitur nec ad consequentiam quidem, *l.quod verò, ff. de leg.* Secundò, quia facilius est cogere aliquem vendere partem serui, quam domum, vel agrum, cuius pleno iure dominus est, quia hoc longè maius est incommodum, & quia tunc cessat ratio indiuiduitatis.

9 Mouentur quartò loco ex *l.si locus, §.si via publica, ff. quemadmod.seru.amit.* dum ait, vicinum cogi ex fundo suo viam constituere quoties veterem viam impetus fluminis abstulit; quemadmodum enim publicè expedit, viam adesse, per quam homines transeant; ita etiam maximè prodest Ecclesijs, & Monasterijs fauere.

Nihil est primò, quia, vt animaduertit Couar. via necessaria est populo, vt ire, & redire possit, nō tamen necessarium ei est, vt Ecclesiæ, vel Monasterio adijciatur ager, vel domus cohęrens; non debemus ergo argumentum sumere ab eo, quod necesse est ad id, quod non est necesse, licet sit opportunum, hoc enim est argumentum a maiori ad minus, quod non valet affirmatiuè.

Secundò dico, suaptè natura minus detrimentum afferre nos cogi, vt in nostro viam constituere, quam rem suam vendere: nam maius damnum est, cogi totum distrahere, quam partem; meritò non erit permissum in quæstione nostra auctoritate huius legis vti.

10 Quintò adducitur *l.6.C.de oper.pub.* vbi ædificia priuatorum, quæ in foro, vel in loco publico contra ornatum, ac commodum, & decoram faciem ciuitatis extructa fuere, destruuntur, ergo idem erit dicendum ad fauorem Ecclesiæ.

Respondeo, hanc legem esse intelligendam intra terminos, de quibus agit, cum sit contra rationem iuris, *l.quod verò, ff.de legib.* ex cuiusque decisione neminem cogi potuisse rem suam vendere, nec etiam ad fauorem palatij Principis probat *l. quicūque 16. eod. tit.* quæ lata fuit, vt sine iniuria liceret cogere priuatos ædes suas vendere pro ornatu palatij Imp. etiamsi prædicta constitutio extaret, vt patet ea datis ipsarum.

Hæc sunt potiora huius sententiæ argumenta (alia enim omitto, quia leuia sunt, & satis confutata fuerunt a Couar.) quæ vt vides, nihil valent, & ideo concludo, receptam sententiam a iure nostro planè dissentire, quia tamen multis præiudicijs cōfirmata fuit, hac prætermissa inspectione benè erit exponere, quemadmodum accipienda sit.

11 Meminisse autem oportet id, quod suprà admonui regulam, quæ vetat aliquem cogi rem suam vēdere, suaptè natura casum nostrum cōtinere, quod auctores communis sententię admittunt, Gulielm. enim de Cuneo, qui hanc opinionem inuexit, mouebatur *ex l. si quis sepulcrum, ff. de relig. & sumpt. fun.* cuius auctoritate probari existimabat, regulam prædictam limitari, cū de Ecclesia agitur, vel Monasterio, vide Cępoll. *de seru.vrb.præd. cap.lt.num.5.* & cum eo reliqui ferè omnes cōcordant; ipsi enim eodem argumento mouentur ad hanc opinionem sequendam, vt liquet ex Ias. *in l.2.nu.4. ff.sol.matr.* vbi Barbos. *num.38. in princ.* ex Franc. *loco suprà allegato, & agnoscit etiam* Rot. Rom. *in d.decis.372. in princ. & d.decis.676. num. 1. & num.10. in fine, & decis.213 num. 1.* & ideò debemus cauere, ne excedamus terminos *d. l.si quis sepulcrum,* alias esset cōtra intentionem eorum, qui ex decisione illius legis, hanc deducunt conclusionem, & contra *l.dudum, C.de*

dum, C.de

dum, C. de contrab. empt. quæ expresſè decidit, neminem cogi poſſe rem ſuam vendere, niſi ſpecialiter lege cautum ſit.

12 Secundò animaduertendum eſt, hac in re non dari actionem, ſed per officium Iudicis compelli vicinum vendere, vt animaduertit Rot. Roma. *d. decis. 372. nu. 3. & 676. n. 2.* & probat expreſsè textus *in d. l. ſi quis ſepulcrũ. Non tamen hoc reſcriptum, quod impetrandi dat facultatem, etiam actionem ciuilem inducit; ſed extra ordinem interpellatus Præſes compellere debet iuſto pretio iter ei prꝗſtari.* Quod nulla alia ratione factum fuit, quàm quia non indiſtinctè id concedi debet; ſed cum æquitas id fieri poſtulabit, & ideò rectiſſimè Rota Romana admonet, debere eum, qui de hac re cognoſcit ſobriè verſari, & præ oculis æquitatem habere.

13 Ex bis intelligimus non eſſe cogendum vicinum vendere Eccleſiæ, vel Monaſterio rem ſuam, quoties id fit ad augendam pulchritudinem Eccleſiæ, vel Monaſterij, vel propter amęnitatem, vel aliam cauſam, quæ iucunditatem tangat, vt accidit quoties fit, vt latius pateant clauſtra Monaſterij, vt commodius Monaci habitent, vt viridaria, vel prata babeât, vel loca iucunditati inſeruientia; neque enim textus, qui agit de itinere, ſine quo ſepulcrum inutile eſſet, cum huiuſmodi caſu quicquam commune habet, prout etiam accidit, vbi via media eſt, & ideò communi opinioni locus eſſe non poteſt, vt agnoſcit Rot. *d. decis. 676. nu. 2. & nu. 4.* ab ęquitate recedit, quem cogi rem ſuam vẽdere, vt commodior, & iucundior fiat habitatio Monacorum, vel Monialium, vide Rotam *d. decis. 676. num.* 2.

14 Idem eſt dicendnm, quoties propter vtilitatem Eccleſiæ, vel Monaſterij fieret; abhorret enim ab æquo, & bono, vt quis rem ſuam cogatur vendere, vt vtilitati alterius inſeruiat, & omninò deficit neceſſitas illa præciſa, qua nititur deciſio *l. ſi quis ſepulcrum*, Rota *d. decis. 676. num.* 2.

15 Secundò ex prædictis ſequitur, non poſſe vicinũ cogi vendere rem ſuam Eccleſiæ, vel Monaſterio, quoties alia ratione commodius id fieri poſſit: nam tex. *in l. ſi quis ſepulcrum*, loquitur, quando ad ſepulcrum non poterat, alia ratione iri, & ideò toto cęlo eius deciſio diſtat a caſu, in quo alia ſupereſt ratio finem huiuſmodi conſeqnendi. Secundò, quia ęquitas non patitur vt is, qui poteſt ſibi conſulere faciliori ratione, difficilliorẽ eligat in vicini detrimentum, & hoc eſt, quod inſinuat textus *in d. l. ſi quis ſepulcrum*, dum ait, *Ita tamen vt Iudex de opportunitate loci proſpiciat, ne vicinus magnum patiatur detrimentum*, & agnoſcit Rota *d. decis. 676. num. 2.*

Et ideò ſi Eccleſia, vel Monaſterium egeat aliquo loco ſibi neceſſario, inſpiciendum erit, an ex locis ipſius Eccleſiæ, vel Monaſterij, id fieri poſſit, etiamſi enim maiori impenſa opus eſſet, vel neceſſe eſſet pulchrum aliquem locum, vel amęnum in hunc vſum conuertere, id erit faciendum, quia non patitur æquitas, vt is qui ex ſuis rebus ſibi conſulere poteſt, alium cogat rem ſuam ſibi vendere.

16 Si verò ex locis Eccleſiæ, vel Monaſterij id fieri non poſſet, tunc Iudex locum adeat, conſulatque peritos, & intelligat, qua ratione facilius, & cum minori incommodo vicinorum Eccleſiæ, vel Monaſterio conſuli poſſit; quòd ſi adſit aliquis vicinus, qui rem ſponte vendere velit, tunc ſi illa ſatis ſit, etiamſi cum maiori impenſa fiat, & minus opportuna ſit, caueat, ne alios cogat vendere, quia ſatis eſt neceſſitati prouidere, neque enim patitur æquitas, vt Eccleſia, vel Monaſteriũ, vt ſuę parcat crumenæ, vel vt pulchritudo, & opportunitati inſeruiat, inuadat res alienas. Quod ſi nullus ex vicinis vendere velit, quid erit agendum, cum plures res adsũt idoneæ ad Eccleſiæ, vel Monaſterij neceſſitatem ſubleuandam? An erit electio Eccleſiæ? an is, qui opportuniorem rem babebit, cogendus erit? an is, qui vicinior eſt? Reſpondeo, totam hanc rem es æquitatis norma, vt diai, pendere: cum ergo æquitas dictet, vt in rebus difficilimis, & arduis facilior via capiatur, debebit Iudex animaduertere, qua ratione facilius poſſit Eccleſia ſuæ conſulere neceſſitati; facilius autem id erit, quod fiet cũ minori aliorum damno, debebit ergo Iudex animaduertere, cui ex vicinis minus noceat, & eum compellet vendere: damnum autem ſecundum qualitatem perſonarum erit æſtimandum, & his deficientibus habet locum id quod docet Rota *d. decis. 676. nu. 4.*

17 Tertiò, ex prædictis ſequitur, cũ tractatur de noua Eccleſia, vel Monaſterio ædificando, vel de capella conſtruenda, perrarò poſſe vicinum cogi rem ſuã vendere, cum enim perrarò accidat, vt non adſint alij loci, in quibus poſſit Eccleſia, vel Monaſteria ædificari ſine alicuius incommodo, vtique non poteſt admitti, aliquem tunc cogi rem ſuam vendere.

Excipio caſum, in quo agitur de conſtruenda Eccleſia in honorem alicuius Sancti Viri, qui miraculis ibi floreat, vel a populo piè colatur, tunc enim ad eacitandam magis, magiſque pietatem, ſi alius locus opportunior non adſit, poterit eſſe locus coactioni, idem eſſe puto, cum agitur de Monaſterio Regularium, quorum aduentus valdè proficuus futurus ſit populo; tunc enim, ſi non inueniatur locus opportunus, locus erit coactioni. Diai, opportunus, quia nõ erit locus coactioni ea de cauſa, quod non ita ſit opportunus; poterit tamen tunc conſuli Princeps, qui ſecundũ circũſtantias facti rẽ terminabit.

18 Quartò, ex prædictis ſequitur, non ſolum pretium iuſtum eſſe dandum vicino, ſed omne eius incommodum eſſe ei reſarciendum, quia non patitur æquitas, vt quis rem ſuam cogatur vendere, & damnum pati: & ideò ſi quis domum, quam inhabitat vendere cogatur, animaduertendum erit, non ſolum ad iuſtum pretium, ſed an ipſe huiuſmodi pretio comparare poſſit ſibi domum non minus commodam, eſtructam in æque ſalubri, amęno, & opportuno loco huiuſmodi pretio, & ſi plus impendendum erit, debebit Eccleſia, vel Monaſterium illud præſtare, & offerre, quod ſi non offerat, iuſtè ille litem proſequetur, & Eccleſia in expenſis erit condemnanda. Immò ſi venalis non reperiatur domus, oporteatque eam ædificare, ſumptus omnes Eccleſia ſubminiſtrare, & offerre debebit, & inſuper tot aureos ſingulis annis, quot erunt neceſſarij, vt conducat domum idoneam, opportunam, & æque ſalubrem, ac pulchram, vt eſt domus, quam vendere coactus fuit, quouſque noua domus fuerit conſtructa, & poterit ſalua valetudine inhabitati.

19 Quintò, ex prædictis ſequitur, non eſſe locum coactioni, quoties damnum erit irreparabile, vt accidit in ſpecie, de qua actum fuit a Rota Romana *d. deciſ. 372.* vbi agebatur de palatio antiquo, & inſigni clariſſimæ familiæ; pecunia enim non poterat reficere damnum, quod indè ſentiebat huiuſmodi familia, cui magnum addebat ſplendorem palatiũ huiuſmodi propter antiquitatem, quod etiam ſi Rota voluerit declarare habere locum in quacumque familia, tamen id veriſſimum eſſe puto, quia æquitas non patitur, vt quis propter alium in damno maneat. Secundò, quia textus *in d. l. ſi quis ſepulcrum*, expreſsè cauet, vt damni vicini ratio habeatur, dum ait, *Ita tamen vt Iudex de opportunitate loci etiam proſpiciat, ne vicinus magnum patiatur detrimentum*; cum enim magnum ſit detrimentum, cuique familiæ domus eius antiquas, nobiles tamen pro qualitate familiæ, deſtruere, non licebit id facere aduerſus huiuſmodi legem.

20 Sextò, ex prædictis ſequitur, non eſſe locum coactioni, quoties neceſſitas tolli poteſt, vt accidit, verbi gratia, in Monaſterio Monialium, quæ propter numerum egent domo vicini, poſſunt enim numerum coarctare, & ad eam quantitatem reſtringere, quæ poſſit commodè ibi morari, deciſio enim *d. l. ſi quis ſepulcrum*, deſiderat neceſſitatem Monaſterij, & Eccleſiæ. Rot. *d. deciſ. 676. num. 2. & num. 7. & 8.* & teſtatur ſic ſentire DD. communiter. At dices, iam receptæ fuerunt tot, quot locus non capit. Reſpondeo, animaduertere debere Iudicem, an adſint aliquæ non profeſſæ, quæ poſſint exire, & an verè adſit neceſſitas, ſi erit neceſſitas, pro modo eius coget vicinos.

Animaduertat etiam Iudex, an puellę educationis gratia ibi degant, quia harum ratio non eſt habenda, cum dimitti poſſint.

In Monaſterio autem virorũ animaduertat Iudex, an ſine magno damno populi poſſit minui numerus Monacorum, & ſi fieri poterit, tunc a coactione abſtineat, quia tunc neceſſitas nulla vrget.

21 Iudex autem in hac cauſa erit Præſes Prouinciæ, & laicus, quia poteſtas data *in d. l. ſi quis ſepulcrum*, nõ pertinet ad Eccleſiaſticum Iudicẽ, ſed ad laicum, Impp. enim qui hanc poteſtatem conceſſerũt Præſidi eam tribuerunt, & ideò, etiam ſi extet conſuetudo, vt laici trahantur ad forum Eccleſiaſticum, tamen hoc caſu Iudex laicus adiri debebit, & idem erit quò ad conſeruatores, quia non eſt credendum, Papam ipſis voluiſſe dare ius de re ſecularium diſponendi, cum agatur de re, quæ ex Principis laici cõceſſione dependet, ad quem propterea ſpectabat dare facultatem cogendi vicinum, & ita obſeruari Neapoli liquet ex Vincent. Franc. *deciſ. 223. num. 5. & 6.* dum teſtatur has cauſas in Sacro Conſilio fuiſſe examinatas. idem in ciuitate Ianuenſi obſeruatum fuiſſe conſtat ex Rota *in Recentioribus, par. 2. deciſ. 676. num. 6.*

Si alienatio per conuentionem fuerit vetita, an dominij translatio impediatur. Cap. XXXI.

1 Antiqua eſt dubitatio, an conuentio, per quã dominus rei prohibetur rem alienare efficiat, ne dominium transferatur, de qua apud iuris ciuilis Gloſſatores ſententijs variatum eſt, vt eſt apud Accurſ. *in l. ea lege, C. de condict. ob cauſ.* vbi veterum exploſis opinionibus, negatiuam ſequitur, cuius auctoritate, & rationibus moti poſteriores eandem ſententiam frequentiſſimis calculis ſequuntur. vide Odofredum, ibi necnon Cinum, Bart. Bald. Salicet. & alios, & nouiſſimè Cuiac. vide etiam Interpretes *in l. filiusfamilias, §. Dici, il ſecondo, de leg. 1.* vbi Bart. *num. 14.* Alex. *num. 15.* Iaſ. *in prima lectura, a num. 85. in 2. a num. 114.* Ruin. *a num. 97.* Soc. iun. *a num. 173.* Io. Bolognet. *a num. 203.* agunt de ea re DD. *in l. fin. C. de reb. alien. non alienan. in l. ſi abſenti, §. fin. ff. de acquir. poſſeſ.* vbi præcipue Lud. Rom. & Alex. DD. *in l. ſi ita quis promiſerit 135. §. ea lege, ff. de verb. oblig.* vbi Hugo Donellus latè eãdem quæſtionem examinat; de eadem re alij multi agunt, de quibus Hieron. Ceuall. *quæſtione 673.* Faber *decade 87.*

2 Ego, vt breuiter me expediam, contrariam opinionem ſequor, quam olim Rugerius, & Martinus ſecuti fuerunt, & longo poſt eos interuallo defendendam ſuſcepit Io. Crot. *in d. §. Diui, a num. 87.* qui tamen nobis explicanda multa reliquit; vt autẽ oſtendam, eam dignam eſſe, quam ſtudioſi ſequantur; præmitto duobus modis accidere poſſe, vt per conuentionem prohibeatur alienandi facultas. Primò, cum is, qui dominus eſt, cum alio conuenit de non alienando rem quæ eius eſt pleno iure. Secundò, cum quis in traditione rei ſuæ conditionem ponit, ne res alienetur, vtque diſtinctè procedamus, primum modum aggredior, & expono.

3 Cum quis rei dominus pleno iure conuenit de re non alienanda ea intentione, vt velit abdicare a ſe ius, & facultatem alienandi, hanc conuentionem efficere, vt ipſe alienando non poſſit dominium transferre, ex eo probatur, quòd facultas alienandi non eſt ita cõiuncta cũ dominio, vt non poſſit ab eo ſeparari; videmus enim pupillos, minoreſque curatorem habentes, furioſos, prodigos, quibus bonis interdictum fuit, eſſe dominos perfectè rerum ſuarum, & tamen ius alienandi non habent. Illud etiã clarum eſt, facultatem hanc alienandi res ſuas in fauorem priuatorum fuiſſe introductam, nec vllam legem eſſe, quæ prohibeat dominum eam a ſe abdicare, & ideò habet locum regula *l. penul. C. de pact. l. in re mandata, C. mandat.* vnumquemque ſcilicet de rebus ſuis poſſe diſponere, & poſſe quemlibet fauori pro ſe introducto renuntiare.

4 Ad quam ſententiam firmandam pertinet tex. *in l. ſi creditor, §. fin. ff. de diſtract. pignor.* dum ait, *Si pactũ ſit a creditore, ne liceat debitori hypothecã vendere, vel pignus, quid iuris ſit, & an pactio talis nulla ſit, quaſi contra ius ſit poſita, ideoque venire poſſit, & certum eſt nullam eſſe venditionem, vt pactioni ſtetur.* Ratio dubitandi indè oriebatur, quòd cum ex iuris diſpoſitione liceat debitori alienare rem hypothecatam, iſtud pactum inutile videbatur, quaſi contra ius factum ſit, hoc tamen non obſtante I. C. ait, certum eſſe nullam venditionem eſſe, vt pactioni ſtetur, hoc eſt nullam eſſe venditionem, quò ad hoc, vt ex ea lędatur pactum, licet enim tunc contractus validus ſit, *l. rem alienam, ff. de contrah. empt.* attamen cum dominium transferre venditor non poſſit, quò ad effectum offendendi pactum, nulla eſt venditio,

ſi enim

si enim admittimus dominium transferri, non stabitur pactioni, & ideò non est eorum opinio admittenda, qui hæc verba accipiunt respectu præiudicij creditoris, qui poterit agere ad interesse ex vi pacti. Nam præter vim verborum, his obstat, quod hypotheca idem ius tribuebat per se, & ideò frustra de vi pacti quæreret Iurisconsultus, si nihil amplius tribueret, quam faceret simplex hypotheca. Vtilitas autem huius pacti in eo consistit, quod creditor, qui persequitur pignus penès tertium existens, non ita facilè suam probat intentionem, vel quia desiderat rem sibi obligatam iure dominij possidere, quod sperat faciliùs se esse obtenturum, si non fuerit à debitore distracta.

5 Huius tex. vim, vt euitarent contrariæ pattis sequaces aiunt ex particulari circumstãtia alienationem impediri, nempè, quia ius reale habebat in re is, ad cuius fauorem factum fuit pactum, scilicet hypothecam, quæ vim dat pacto, quam aliàs non haberet. Verum hæc responsio dupliciter peccat. Primò, quia diuinatoria est: nam, vt ei locus esse possit, necesse est, nos dicere hypothecatam rem fuisse, deindè fuisse factum huiusmodi pactum; hoc autẽ non fuisse cõsideratum à I.C. indè colligitur, quòd absque distinctione asserit, pactum efficere, vt alienatio nulla sit: si enim id verum esset, cum post hypothecam pactum initum fuit, quis Iurisconsultum excusaret, quòd fine distinctione asseruisset, pactum hoc valere, & reddere nullam alienationem?

6 Secundò hęc responsio non est bona, quia, vt animaduertit Bal. *in l.ea lege, num.5. C.de condict. caus. dat. non secut.* ius reale, quod habet creditor in re hypothecata non imminuit ius, & potestatem alienandi, nec dominium, & ideò per se alienationem non potest infirmare, sed necessè est, vt fiat per cõuentionem: ergo non est verum, ex hypotheca conuentionem accipere vim impediẽdi alienationem, ergo pactum illam habet suaptè natura. At dices, hæc simul iuncta alienationem impediunt propter vim coniunctionis, & ideò cum separata sunt, id efficere nequeunt. Nihil agis: cum enim natura hypothecæ nihil commune habeat cum facultate alienandi, non potest vim pacti augere, & per consequens ex natura ipsiusmet pacti nullitas alienationis descendit.

7 Respondent alio modo Bal. loco allegato, & cũ eo Hugo Donellus *in l.si ita quis 135.§.ea lege, n.8. de verb.oblig.* dicendo, corruptam esse lectionem illius tex. quibus non possum assentire, nõ solum propter Florentinarum Pandectarum auctoritatem, sed etiam, quia ita respondere oportebat secundum iuris principia, vt ex scriptis suprà num. 3. liquet; aliter textũ corrigit Faber *decade 87. error. 2. & 3.* cui ne assentiar multæ causæ, quæ ex dictis colliguntur, efficiunt, quibus accedit, Iurisconf. dicere, à creditore pactum fuisse, ne pignus, aut hypotheca alienaretur, hoc enim non obscutè significat in gratiam creditoris pactum fuisse factum.

8 Et hæc de primo modo prohibendi alienationẽ. De secundo nunc videamus, cum quis in traditione rei suæ legem, & conuentionem ponit, ne alienetur. Vt autẽ ostendam, alienationem tunc impediri, præmitto, in traditione rei suæ licitum esse legem, quam quis velit, ponere, *l.in traditionibus ff.de pact.* eumque, qui rem suam in alium transfert, posse, vel plenum dominium, vel partem eius transferre; cum liceat nobis de rebus nostris, vt volumus, disponere: itaque poterit, qui rem suam alteri tradit, transferre dominium, sed sine facultate alienandi, vt enim supra ostendi, & est verissimum, facultas alienandi à dominio separari, & seiungi potest, ergo per alienationem non transfertur dominium, quia, vt quis dominium transferat, non est satis, vt sit dominus, sed necesse est, vt ius alienãdi habeat, vt accidit in pupillo, in demente, & minore habente curatorem, & in prodigo, cui interdicta fuit administratio bonorum.

9 Huic opinioni mirum in modum fauet tex. *in l. ea lege, C.de condict. ob caus.* vbi Impp. Val. & Gal. à muliere quadam interrogati, quæ nam esset vis pacti in donatione positi, ne donatarij alienandæ rei potestatem haberẽt, sic inquiunt. *Ea lege in vos collata donatio, vt neutri alienandæ suæ portionis facultas vlla competeret, id efficit, ne alterutrum vestrum dominium prorsus alienet.* Vide quam constanter respondeant Impp. huiusmodi legem donationi adiectam efficere, *ne donatarij dominium prorsus alienent*, hoc est ne alienãdo transferant dominium: si enim alienatio rei donatæ valida esset, & acquirentem efficeret dominum, non esset verum, eam esse huiusmodi conuentionis vim, ne donatarij dominium prorsus alienent. Nugatur autem Accurs. dum ibi exponens hæc verba ait, *eorum sensum esse, hanc conuentionẽ efficere, ne donatarius pacti timore ductus de facto non alienabit, idest ad alienationẽ non procedet, si tamen spernens pactum rẽ alienauerit, alienatio valebit.* Nugatur, inquã, quia aliud est, pactum efficere, ne donatarius dominium prorsus alienet, aliud quod ei timorem incutiat, & adeò inter se differunt, vt huius rescripti auctores iure, ac meritò notandi essent, si hunc sensum habuissent: rescriptum enim redditum mulieri interroganti, quæ sit vis huiusmodi pactionis, non debuit adeò obscuro sermone dictari, ne dicam inepto.

10 At dicunt aduersarij, non indistinctè asserere auctores huius rescripti impediri dominij translationem, sed eos affirmare effectum cõuentionis hunc esse, vt vel dominium non transferatur, vel vt condictio quæratur donatori, & ideò statim subiungunt hæc verba. *Vel vt donatori, vel hæredi eius condictio, si non fuerit conditio seruata, quæratur.* Et ideò cum in oratione alternatiua altera pars falsa sit, altera vera, nobis non licet ex hoc tex. colligere, conuentionem impedire translationem dominij, cum in textu non declaretur, an hęc pars alterna tiuæ vera sit, an altera.

Hæc ratiocinatio, quæ nostros decepit, vt pœnitus tollatur, meminisse oportet eius, quod legitur *in l.sępe, de verb. sig.* scilicet sępè accidere, vt oratio disiuncta pro cõiuncta accipiatur, & ecõtra. Secundò notandum est, tex. hunc esse rescriptum redditum mulieri, vt inscriptio ostendit, itaque alterum necesse est dicere, vel eius auctores non loqui alternatiuè, vel mulierẽ elusam, & sine responso dimissam fuisse, si oratio, de qua agimus, alternatiuè accipitur: neque enim declaratur quæ pars alternatiuę vera sit. Itaque cum maiestate, & benignitate Principis hoc indignum sit, meritò asserendum

eſt in hoc reſcripto orationem alternatiuam pro coniuncta eſſe accipiendam, quod etiam agnouerunt Iulius Pacius in eius explicatione, & Faber *decad.87.error.7.*

11 Eadem opinio probatur *ex l.finali, C.de reb.alien. nõ alienand.* vbi Iuſtin. inquit. *Sancimus, ſiue lex alienationem non inhibuerit, ſiue teſtatar hoc fecerit, ſiue pactio contrahentium hoc admiſerit, non ſolum dominij alienationem eſſe prohibendam, ſed etiam vſusfructus dationem, vel hypothecam, vel pignoris nexum penitus prohiberi.* His verbis clarum eſt, Imper. Iuſtin. non ſolum prohibere alienationem, ſed vſusfructus dationem, & pignoris nexum, cum cõuentum fuit inter contrahentes, ne res alienetur, ergo ſi quis hoc fecerit, alienatio erit, non ſolum contra conuentionem, ſed contra Iuſtiniani præceptum, ergo alienatio ipſo iure nulla eſt; traditum eſt enim, quicquid aduerſus legis pceptum fit, inutile eſſe ipſo iure, etiam ſi non adſit decretum irritans, *l. non dubium, C.de legib.* Itaque, etiam ſi admitteremus, ſuaptè natura pactum non poſſe impedire dominij translationem, tamen propter hanc legem, quæ ſpecialiter prohibet alienari res, quas non alienari conuentum eſt, omninò inutilis alienatio erit.

12 Ad eandem ſententiam firmandam plurimum confert, quod ſcribit idem Iuſtin. *in l.fin. C. de pact. int.empt. & vendit.* dum ait. *Cum enim venditor, vel alius alienator non alia lege transferre ius ſuum paſſus eſt, niſi talis fretus conuentione, quomodo ferendum eſt aliquam captionem ex varia pati eum interpretatione?* Cum enim Iuſtinianus apertè profiteatur, non licere alienare res, quas non alienari conuentum eſt, prçter quam in caſibus in conuentione permiſſis, vtique captionem contrahentes paterentur ſi alienatio valeret in ſpetie, de qua agimus, cum facta fuerit in caſu prohibito: mens enim eius, qui alienationem inhibuit, fuit, ne dominium transferretur, aliàs huiuſmodi pactum non feciſſet.

13 Solet etiã pro hac opinione adduci tex. *in §.ſunctiſſimas, C.de alienat. & emphyteuſ.* vbi datur licentia alienandi in redemptionem captiuorum res Eccleſiæ, exceptis ijs, quæ ad eam hac conditione peruenerunt, ne alienarentur. Quod non alia de cauſa fieri videtur, quam quia alienatio nulla eſſet propter vim pacti. Sed tamen haud difficile eſt vim huius argumenti euitare, dicendo, Imper. nõ explicare, qua de cauſa motus fuerit ad ita ſtatuendum, & ideò non poſſumus affirmare ex prædicta ratione eum motum fuiſſe, cum aliæ excogitari poſſunt, & quidem idoneæ, quia ſcilicet tunc actio oriebatur ei, qui rem Eccleſiæ tradiderat, vel hæredibus eius in damnum Eccleſiæ, *iuxta l. ea lege, C. de donat. ob cauſ.* & quia dedecet Eccleſiam, quæ iuſtitia vbique colit, pactiones iuſtas ſpernere, & quia turpe eſſet, huius rei auctorem Imperatorem fieri.

Alia etiam adducuntur argumenta, quæ omitto, cum leuia ſint, & nullius ponderis partiſque aduerſæ fundamenta aggredior.

14 Adducitur primò tex. *in l.ſi ita quis 135.§. ea lege, ff.de verb.oblig.* Cuius hæc verba ſunt. *Ea lege ſibi donatum a Seia ſeruum, & traditum, vt ne ad fratrem eius, aut filium, aut ad vxorem, aut ſocrũ perueniret, ſcripſit: & hæc ita ſtipulante Seia ſpopondit Titius; qui poſt biennium hæredes reliquit Seiam, & fratrem, cui ne ſeruiret, expreſſum erat: quæritur, an Seia cum fratre, & cohærede ex ſtipulatu poſſit agere? Reſpondit poſſe in id, quod eius intereſſet.*

Pro huius tex. explicatione animaduertendum eſt, in eo agi de ſeruo ea lege donato, ne ad Titium perueniret, & ideò in hoc tex. agitur de ea re, in qua clarũ eſt pactum, de quo agimus, translationẽ dominij impedire, vt *in l.5. C. ſi mancipium ita fuerit alienatum, quod admittunt* Accurſ. *in d. l. ea lege, C. de condict.cauſ.dat.* Bart. *in l. filiusfamilias, §. Diui, il ſecondo, nu.14. ff. de leg.1.* & alij eorum ſequaces. Itaque alterum dicendum eſt, vel donatorem non habuiſſe animum tollendi facultatem alienandi donatario, quod eſt neceſſe, vt ei nõ liceat rem in aliũ transferre, vel quod veriſimilius eſt hic agi de caſu ſpeciali, ideſt de alienatione in vltima voluntate per inſtitutionem hæredis, in qua ſpeciali ratione factum eſt, ne poſſit impediri translatio dominij. Cum enim libera facultas teſtandi auferri non poſſit per conuentionem *l. ſtipulatio hoc modo concepta, de verb.oblig.* ſequitur, hãc pactionem non poſſe efficere, ne hæredem inſtituere poſſit eum, in quem prohibitus fuit alienare, quo admiſſo in neceſſariã conſequentiam venit, nec translationem dominij ex hoc titulo poſſe impediri. Non enim poteſt priuatorum pactis fieri, ne hæres efficiatur dominus rerum, quæ teſtator alijs non reliquit, *l. ius publicũ, ff. de pact. l. nemo poteſt, de leg.1.* a quo ſenſu non eſt alienus Faber *decad. 87. error. 5.*

15 Secundò contra noſtram ſententiã affertur tex. *in l.penult. ff. de pact.* vbi Iuriſconſ. Pomp. ſic inquit. *Nemo paciſcendo efficere poteſt, ne ſibi locum ſuum dedicare liceat, aut ne ſibi in ſuo ſepelire mortuum liceat, aut ne vicino inuito prædium alienet.*

Reſpondeo tex. tria dicta continere. Primum, ne locum ſuum liceat dedicare. Secundum, ne ſibi liceat in ſuo ſepelire mortuum. Tertium, ne prædium alienet vicino inuito. Quò ad prima duo dicta clarè corrigitur hæc lex ex noua Iuſtin. lege poſita in tit. *C. de pact. inter emptor. & venditor. l. final.* idque admittunt Eguinar. Baro. Cuiaccius, Contius, Gotifredus, & alij ex nouis Interpretibus, & ante eos idem dixit Odofred. *in d.l. penult. & in d.l. fin.* vbi Accurſius. Quo verò ad tertium dictum, cũ in conſtitutione Iuſtiniani expreſsè correctum non reperiatur, hodie vtique obtinere debet, & ideò videtur ex eo noſtram ſententiam omninò deſtrui. Sed non ita eſt: aliud enim eſt, quod pactum huiuſmodi inefficax, & nullum reddit, quam id, de quo nos agimus, quia ſcilicet, ſi pactum hoc valeret, efficeret, ne vlli omninò liceret inuito vicino prædiũ alienare, etiam ſi nihil intereſſet eius, & etiam ſi ei vtile eſſet huiuſmodi vicinum habere, quæ res efficit, vt conuentio inutilis ſit, *l. ſtipulatio iſta, §. alteri, de verb. oblig.* cui explicationi non obſtat id, quod opponit Donellus *in d.l. ſi ita quis, §. ea lege, nu.3. de verb. oblig.* quod cum commune ſit, omnibus conuentionibus ne valeant, vbi paciſcentis nõ intereſt, non erat, cur Iuriſcon. particulariter de hac pactione loqueretur, ſi eam ex huiuſmodi cauſa irritam ei putauiſſet; quia reſpondeo, conuentionem, quò ad corticem vtilem videri vicino, cui nocet malum vicinum habere, & ideo adeſt idonea cauſa, cur de ea particulariter I. C. tractaret.

Adiuuat

16 Adiuuat hanc interpretationem Iustin. *in d. l. fi. C. de pact. inter emptor. & vend.* qui corrigens prima duo dicta I. C. *in d. l. pen.* nititur ostendere interesse paciscentis pactum obseruari, vt hinc intelligeremus iniquam esse sententiam eorum, qui contrariũ sentiebant, & ideò manifestum est, non alia ratione improbata fuisse prima duo pacta ab antiquis, quàm quia paciscentis interesse non videbatur ea obseruari, ergo eadem ratione tertium illud pactũ reprobabatur: nisi enim ex eodem principio nullitas istorum pactorum deduceretur, non satis commodè I. C. ea insimul coniunxisset.

17 Non omitto autem ex illis verbis constitutionis Iustiniani. *Forsitan enim multum eius intererat, ne ei vicinus non solum, quem nollet, aggregaretur, sed etiam pro quo specialiter interdictum est*, satis idoneam cõiecturam deduci, non esse integram constitutionem Iustin. cumque etiam, quò ad tertium dictum, opinionem Pomp. correxisset: cur enim de vicino mentionem fecisset, si solum de primis duobus pactis in huiusmodi constitutione egisset?

18 Tertiò adfertur tex. *in l. 3. C. de condit. caus. dat.* vbi donatori, qui rem donauit ea lege, ne alienandi facultas donatori competeret, datur condictio, si contra legem donationis facta fuerit, quæ est actio personalis, *l. 2. eod. tit.* & ideò cum deficiat actio realis, qua possit aduersus eum, in quem alienatio facta fuit, agere non poterit rem recuperare, ergo dominium translatum fuit per donatarium, alias donatori liceret rem possessori auferre.

Respondeo, donatarium effectum fuisse dominum rei per donationem, & ideò donatorem ius aliquod reale in re non habere, & per consequens ei non esse licitum aduersus possessorem agere: non sufficit enim probare possessorem iniustè rem tenere, sed opus est probare, rem ad se pertinere ex §. *omnium, Instit. de act. §. retinendæ, Inst. de interdict.* Itaque mala consequentia est, possessor rei non potest conueniri a donatore, ergo factus fuit rei dominus; aget ergo donator condictione causa data, causa non secuta, & eius virtute condemnabitur donatarius ad rem donatam restituendam, *iuxta l. 2. C. de condict. caus. dat. non secut.* aget inquam, quia donatarius alienando fecit contra legem donationis, etiam si non trastulerit dominium, quia cauit donator, ne donatarius alteri rem traderet, si tamen donator manus iniectionem sibi reseruauerit, poterit rem persequi, *l. si quis 56. de contrab. empt.*

19 At dices, cur in casu *l. si ita quis, §. ea lege, de verb. oblig.* donatori competit actio ad interesse, non cõdictio ob causam datorum, cum etiam ibi aduersus voluntatem donatoris res ex facto donatarij peruenerit ad Titium? Respondeo aduersus mentem donatoris rem peruenisse ad eum, sed non aduersus legem donationis, vt ostendi num. 14. & ideò non potest agere condictione causa data &c. quia hæc cõpetit eo casu, quo lex in donatione posita non fuit seruata *l. 2. & 3. C. de condict. caus. dat.* quia verò donatarius non debet mentem donatoris offendere, ideò hac de causa donatori indulget lex actionẽ, nõ quidem ad rem repetendam, sed ad interesse, quia si rem repetere posset, indistinctè id facere posset, quod non est conueniens iuris rationi, vel æquitati: quid enim si nihil, vel parum interesset donatoris rem alienatam fuisse? vide *tex. in l. 7. C. de cond. & caus. dat. in l. 7. 9. & vlt. C. de reuoc. donat. in l. 2. §. idẽque Varus, ff. de aq. plu. arcend.* itaque cauendum est ab Hug. Donello *in d. §. ea lege, num.* 17. qui putauit vtramque actionem competere donatori, quod nullo modo admittendum est, quia I. C. Sceuola reprehẽsione dignus esset, quippe qui interrogatus, quid iuris sit in eo casu: Respondet actionem ad interesse competere donatori, cum enim istæ actiones toto cœlo inter se distent, dum de sola actione ad interesse facit mẽtionem, defecisset muneri suo, quomodo enim ex eius responso is, qui eum interrogauerat poterat intelligere, sibi vtramque actionem competere? Quod si alterius actionis voluit mentionem facere, cur actionis ad interesse mentionem fecit, non condictionis ob causam datorum, cum hæc longè vtilior sit, & plenior?

20 Quartò, pro hac opinione adfertur regula *l. traditionibus, C. de pact.* nam quemadmodum conuentio nuda non sufficit ad transferendum dominium, ita nõ erit satis ad impediendam eius translationẽ.

Respondeo, ideò conuentionem solam non esse aptam ad dominij translationem, quia non potest in aliquem trãsferri, nisi a priori domino discedat, ab eo autem non discedit, nisi rem a se abdicet, & ideò oportet, vt rem tradat, *l. si quis vi, §. differentia, ff. de acq. possess.* quæ ratio non pertinet ad rem nostram: nam ideò dicimus, conuentionem impedire translationem dominij, quia aufert ius alienãdi domino, qua facultate dempta dominiũ vtique transferri non potest.

21 Quintò, ex eo mouentur, quòd pactum, ne intra certum tempus diuisio fiat, non impedit venditionem, & translationem dominij, *l. in hoc iudicium, §. vlt. ff. comm. diuid. in l. idemque 16. §. final. ff. pro soc.* etiam si ex vi pacti contineatur, ne res alienetur, vt in lege sequenti clarè habet.

Respondeo, vt dominij translatio impediatur, non esse satis, vt mens paciscentium sit, ne id fiat, sed necesse est, vt per conuentionem auferatur facultas alienandi, vt suprà declaraui: nam insimul hæc stare non possunt, vt quis habeat ius alienandi, & alienatio non transferat dominium. Itaque hi tex. non nocẽt, quia verum est quidem contrahentes sensisse, ne socius partem suam distraheret, sed tamen per pactum non fuit ablata facultas alienandi. Insimul enim hęc stare possunt, vt partem suam socius in alium transferat, & tamen res non diuidatur, & ideò, si ante tempus ad diuisionem prouocauerit, emptor eadem exceptione, qua auctor eius repelli poterat, a diuisione excludi poterit.

22 Nota autem, in hac re Paulum *in l. in hoc iudicium*, pro explorato habuisse pactum huiusmodi alienationem impedire non posse. Inquit enim. *Si inter socios conuenisset, ne intra certum tempus societas diuideretur, quin vendere liceat ei, qui tali conuentione teneretur, non est dubium.* Vlp. autẽ in allegata lege hanc rem veluti dubiam proponit, dũ ait. *Qui igitur paciscitur, ne diuidatur, nisi aliqua iusta ratio intercedat, nec vendere poterit, nec alia ratione efficit, vt diuidatur, sed sanè potest dici, venditionem quidem non impediri, sed exceptionem aduersus emptorẽ locum habere, si ante diuidat, quam diuideret is, qui vendidit.*

23 Sextò adducitur tex. *in l. si sterilis 21. §. si tibi, ff. de act.*

de act. empt. vbi Paulus ſic ait. *Si tibi fundum vēdidero, vt eum conductum certa mercede haberem, ex vendito eo nomine mihi actio eſt, quaſi in partē pretij ea res ſit, ſed etſi tibi fundum ita vendidero, vt nulli alij eū, quam mihi venderes, actio eo nomine ex vendito eſt, ſi alij vendideris.* Hic adeſt pactum, vt nulli alij venderes, & tamen hinc non oritur alia actio, quam ex empto, ideſt pro eo, quod intereſt, vt indicant illa verba, quaſi in partem pretij, ea res ſit, & probat *l. 1. eodem tit.* ergo pactio huiuſmodi translationem dominij non impedit.

Reſpondeo, differre pactum, de quo eo loci agitur a quęſtione noſtra, aliud enim eſt auferre facultatem rei alienandæ, aliud paciſci, ne rem alij vendat. Cū enim venditio conſenſu perficiatur, nec ſit neceſſe, vt venditor habeat ius transferendi dominij, *l. rem alienam, ff. de contrab. empt.* vtique qui ſic conuenit non vult auferre ius vendendi, quia pactum libertatem voluntatis auferre non poteſt, nec ius commerciorum, & per conſequens non poteſt efficere, ne venditio teneat, & ideò intentio paciſcentis eſt ſibi acquirere actionem ad intereſſe, ſi non ſtabit pacto, non autem auferre facultatem transferendi dominij, quod eſt neceſſe, vt per conuentionem dominij translatio impediatur, nil mirum ergo, ſi rem non condicit, ſed agit actione ex empto.

Creditor, an teneatur accipere partem debiti ſibi oblatam a debitore ad l. quidam exiſtimauerunt, ff. ſi cert. petat. *Cap. XXXII.*

1 NVnquid debitore partem debiti offerente, creditor debeat eam accipere, controuerti ſolet, in qua dubitatione varia noſtrorum placita reperiuntur, vide Interpretes *in l. quidam exiſtimauerunt, ff. ſi cert. petat.* præcipuè Iaſ. Soc. Dec. Alciat. & Hug. Donellum, qui luculētiſſimè eam exponit, cōſule Nauar. *de vſur. a num. 101.* Auctorem *qq. Illuſtr. c. 22.* Cuiac. *ad Iulian. ff. lib. 48. ad l. 21. ff. ſi cert. petat.* D. Facbin. *lib. 10. c. 59.*

2 Ego tribus aſſertionibus rem hāc expedio, quarum prima eſt hæc: creditor non iniuſtè recuſat partem debiti ſibi oblatam, poteſt tamen Prætor cogere creditorē ad partem oblatam accipiendā, ſi id ipſi non ſit incommodum, quod antequam factum fuerit nihil poteſt imputari creditori.

3 Quò ad primam aſſertionem ſpectat, creditorē non iniuſtè recuſare partem debiti ſibi oblatam, probo primò *ex l. quidam exiſtimauerunt, ff. ſi cert. pet.* verba hæc ſunt.

Quidam exiſtimauerunt neque eum, qui decem peteret cogēdū quinque accipere, & reliqua perſequi, neque eum, qui fundum ſuum diceret partem dumtaxat iudicio perſequi; ſed in vtraque cauſa humanius facturus videtur Prætor, ſi actorem compullerit ad accipiendum id, quod offertur, cum ad officium eius pertineat lites deminuere. Ex his verbis intelligimus I. C. ad humanitatem confugere, vt oſtendat Prætorē creditorem cogere poſſe partem debiti accipere, ergo ſtricto iure non poteſt cogi. Non enim ſolent I. C. ad humanitatē confugere, niſi ſtricto iure deficiente, vide tex. *in l. Pannonius, ff. de acq. hæred. in l. ſi ita ſcriptum, l. ſi Titius, ff. de lib. & poſth. & alibi.*

4 Secundò conſtat interdum damnum afferre creditori ſolutionem partis rei debitæ, ſiue ab vno, ſiue a pluribus ſolutio fiat, vt experientia docet, & probat tex. *in l. 3. ff. famil. erciſc.* quo caſu, nec iuris ratio, nec humanitas patiuntur, vt creditor eam accipere cogatur. Itaque deffiniri non poteſt, quando creditor partem debiti oblatam teneatur accipere, cum deffiniri non poſſit, quando id ſit ſine incommodo creditoris: ergo hæc res comittenda eſt iuſdicentis religioni, quòd eſt illud, quod ſignificat I.C. dum ait, *humanius facturus eſt Prætor ſi actorē compullerit ad accipiendum id, quod offeratur*: ergo antequam Prætor pronunciauerit debere creditorē partem debiti accipere, iuſtè eam recuſat, traditum eſt enim eum, qui iudicis officio cogi poteſt aliquid facere, non teneri id facere, antequam Iudex id iuſſerit, *l. cum poſtulaſſem 44. ff. de dam. infect.*

5 Tertiò probatur hæc opinio ex *l. tutor, §. Lucius, ff. de vſur.* cuius verba hæc ſunt. *Lucius Titius cum centum, & vſuras aliquāti temporis deberet, minorem pecuniam, quam deberet obſignauit: quæro, an Lucius Titius pecuniæ, quam obſignauit vſuras præſtare debeat.* Modeſtinus reſpōdit, *Si non hac lege mutua pecunia data eſſet, vti liceret, & particulatim quod acceptum eſt exſoluere, non retardari totius debiti vſurarum præſtationem.*

Certi iuris eſt depoſitionem pecuniæ ſiſtere curſū vſurarū, *l. 7. ff. de vſur. l. acceptā 19. C. eod. cum ſimilibus*, quod tamen hic non accidit, quia non omnis pecunia debita depoſita fuit, ergo manifeſtum eſt, creditorem non teneri partem pecuniæ ſibi debitę accipere, niſi id ſibi fuerit a Prætore imperatum, quia ſi teneretur, vtique eo iniuſtè recuſante pecuniam oblatam accipere, pro rata curſus vſurarum retardaretur, *l. qua de tota, ff. de rei vendicat.*

6 Huius tex. vim, vt euadant Dec. & Alciat. *in d. l. quidam exiſtimauerunt, ille num. 6. hic propè finem*, dicunt cum Fulgoſ. vſuras deberi in pœnam dilatæ ſolutionis, *l. qui ſine, ff. de neg. geſt.* earumque curſus impediri non poteſt per ſolutionē partis, quia, vt pœna euitetur, oportet totum debitum ſoluere, *l. 5. §. fin. ff. de verb. oblig.* non pertinere ergo aiunt hunc tex. ad rem noſtram, quia loquimur de eo caſu, in quo nō agitur de debito, quòd vſuras pariat, & cum iſtis concordant Nauar. *de vſur. num. 103. verſ. ad primum.* Donellus *in d. l. quidam, nu. 13.*

7 Non rectè, quia vſuræ ſunt ſimiles fructibus, *l. vſuræ, ff. de vſuris.* & ideò non poſſunt comparari pœnæ, quia pœna, & fructus in propoſito maximè differunt, etenim, vt pœna incurratur, ſat eſt deffìcere in vno numo in ſolutione totius debiti, *d. l. 5. §. fin. ff. de verb. oblig.* vt verò euitetur fructuum condemnatio, ſatis eſt reum nō poſſidere, nec dolo deſijſſe poſſidere partem rei, de cuius fructibus agitur, *l. ſi eius fundi 77. de rei vind. l. ſi nauis, §. fin. ff. de rei vendic.* quæ fuit animaduerſio Alex. *in d. l. quidam exiſtimauerunt, num. 6. verſ. nec videtur*; & re vera vſuræ ex conuentione debitæ, cum ab initio currere incipiant, pœnæ ſimilitudinem nullam habent, licet ſecus ſit, quando debentur in pœnam dilatæ ſolutionis, quo caſu loquitur *l. qui ſine, ff. de neg. geſt.* & ideò perperam ad exponendum tex. de quo agimus, ad naturam pœnæ confugiunt, quia eo loci vſuræ conuentionales erunt, & licet vſuræ non debeantur

beantur, nisi aliquo tempore sors manserit penes debitorem, non propterea vsurarum præstatio cōditionem continet, quia hoc ex natura rei gestæ nō extrinsecus venit, *iuxta l. quæ extrinsecus, de cond. & demonstr.*

8 Quartò, constat creditorem non teneri accipere solutionem alio modo factam quam conuenerit, *l. obsignatione 9. C. de sol. cum similibus.* Ergo is, cui promisit Titius soluere 100. Kal. Iunij, non tenetur accipere 50. Kal. Iunij, quia alio modo solutio fit, quam fuerit conuentum.

Huic arg. respondet Alciat. stipulationē quantitatis diuiduam esse, *l. 2. §. & harum, ff. de verb. oblig.* qua de causa is, qui partem eius soluit pro parte liberatur, *l. si stipulatus sum, §. qui decem, ff. eod. tit.* & ideò secundum naturam eius est, vt solutio partis fieri possit.

9 Nihil valet: nā animaduertere oportet duas incidere hac in rē diuersas dubitationes. Prima, an stipulatio diuisionem recipiat. Secūda, an solutio per partes fieri possit. Prima pendet ex natura rei in stipulationem deductæ, *d. §. harum, & l. stipulationes non diuiduntur 72. ff. de verb. oblig.* Secunda verò ex cōuentione partium decidi debet, quia, etsi verū sit rem promissam diuisionem accipere, mala tamē consequentia est, potest ergo solutio per partes fieri, nam ex conuentione legem accipiunt cōtractus.

10 Ad id quod dicitur solutionem partis pro parte liberare debitorem, respondeo ideò hoc esse, quia æquitas non patitur, vt bis idem exigatur, & ideò non potest inde colligi, ergo inuito creditore pars debiti solui potest, quia tunc huiusmodi ratio cessat, etiam si debitor partem pecuniæ obsignauerit, quia nihil ad eum peruenit, nec dolo fecit, quo minus perueniret: cur autem *in d. §. harum,* solutio partis non liberet pro parte, colligitur *ex l. in executione, §. pro parte, eod. tit.* vbi Cuiac. id exponit, quod etiam facit *in d. §. harum,* & alij quos omitto.

11 Quintò accedit tex. *in l. 4. propè finem, ff. de statulib.* dum ait. *Item si decem hæredi dare iussus fuerit hæres, etiam per partes accipere fauore libertatis cogēdus est.* Si ergo fauore libertatis particularem solutionem creditor cogitur accipere, ergo in cæteris casibus secus est, quia ius singulare in aliquo casu ostendit ius commune in contrarium, *l. ius singulare, ff. de legib.*

In contrarium inquam erit ius commune, quia licet scriptum sit conditionem non censeri adimpletam per solutionem partialem eius, quod in conditione positum fuit, *l. si fundus, de cond. & demonstr.* nihil tamē constitutum reperitur circa modū solutionis eius, quod in conditione positum fuit, & ideò quò ad modum solutionis ius commune obseruandum est, & per consequens cum speciale sit in libertate, vt partis solutio rectè fiat, in cæteris secus erit: & ex his corruit responsio, quam huic tex. afferunt Christ. de Castilion. Dec. & alij.

12 Huic opinioni opponitur primò *l. permittendū 8. ff. si pars hæred. petat.* dum ait, *Permittendū erit possessori hæreditatis, partem quidē hæreditatis defendere, partē verò cedere.* Respōdeo rationem diuersam esse in possessore hæreditatis ab ea, quæ viget in obligatione ex contractu descendente, de qua nos agimus, quam insinuat I. C. in verbis sequentibus, dū inquit, *Neque enim prohibet aliquem totam hæreditatem possidere, & partem scire dimidiam ad se pertinere, de altera parte controuersiam non facere.* Vis huius rationis est hæc, petitio hæreditatis non datur, nisi aduersus illum, qui res, vel ius hæreditariū possidet pro hærede, vel pro possessore, & pro ea parte quam possidet, *l. 1. & tot. tit. si pars hæred. pet.* ergo in potestate possessoris est actionem scindere, dimittendo partem rei, eamque tradendo actori, quia tunc verum est eum non possidere eas res quarum possessionē vacuā reliquit, vt ab actore possiderentur. Ergo hęc res nō pertinet ad quæstionem nostram, nam debitorem posse conueniri, obligatio eius facit, cuius vis deficere non potest, nisi satisfiat debito eo modo, quo conuentum fuit, & sic, nisi semel solutio fiat, obligatio non deficit, cum fuerit conuentum, vt vna vice debitum dissolueretur.

13 Secundò opponitur *l. etiam 5. C. de compensat.* dum ait, *solutionem partis debitū pro rata extinguere.* Respondeo duas quæstiones circa hanc rem incidere posse. Prima, an solutio partis rectè fiat. Secunda, an solutio partis efficiat, vt debitor pro rata liberetur, & cum de hac agitur, ponitur pro constanti, solutionem rectè factam fuisse, quia non potest de cōpensatione tractari, nisi solutio eo modo facta fuerit, quo debebat, nō pertinet itaque hęc lex ad rem nostram, quia ibi non disputatur, qua ratione solutio debiti fieri debeat, sed an solutio per partes extinguat partem debiti, & per consequens in ea supponitur solutionē partis eo in casu rectè factam fuisse.

14 Tertiò adducitur, quod cum plures hæredes quis reliquit quilibet ipsorum ratam partem offerendo, & deponendo liberatur, arg. *l. 2. ff. de hæred. act. l. pacto successorum, C. de pact.* ergo idem erit in debitore ipso, nam obligationis conditio ex persona hæredum non mutatur, *l. 2. §. ex his, ff. de act. & oblig.*

Respondeo ex lege 12. tab. factum fuisse, vt hæredes non teneantur insolidum, sed pro portionibus hæreditarijs, & ideò hac lege factum est, non autem ex iuris ratione, vt obsignatio partis ab hærede facta eum liberet, ergo nostram potius confirmat opinionem hoc argumentum, *l. ius singulare, ff. de legib.* nec refragatur, quod dicitur conditionem obligationis ex persona hæredum non mutari, quia id dicit I. C. habita ratione, non ad solutionem, sed ad diuiduitatem stipulationis, hoc enim est illud, de quo ibi tractabat: alio modo respondet Donell. *in d. l. quidam existimauerunt, num.* 17. quem si lubet consule.

15 Quartò adducitur *l. placuit, C. de collat. fund. patr. lib.* 11. Sed retorquetur, vt rectè monuit Donellus dum enim specialiter sancit licere possessoribus non vna vice pensionem soluere, ostenditur secus esse iure ordinario, neque enim opus esset cōstitutione in re, quæ ex iuris ratione descendit.

16 Quintum argumentum est hoc, licet creditori partem debiti petere, ergo licebit debitori partem debiti soluere: sed nihil vrget, nam euidens est ratio diuersitatis inter hæc, vt rectè admonet Donellus, nam regulariter soluere per partes prodest debitori, econtra verò accipere solutionem per partes regula-

tes regulariter non eſt ſine damno creditoris, *l. plane, ff. famil. erciſc.*

17 Sextum argumẽtum deſumitur *ex l. 5. §. ſi duos, ff. de ſolut.* dum ait, *ſi duos quis dedit fideiuſſores, poteſt ita ſoluere, vt vnum liberet*, ſiue ſolutio facta fuerit partis volente, ſiue inuito creditore, vt tibi exponit gloſſ. quam plurimi ſequuntur.

Reſpondeo alijs aliter videri, quorum ſententia, vt manifeſta fiat, moneo duas, & quidem diuerſas quæſtiones eſſe, an poſſit quis liberare vnum ex fideiuſſoribus, & an poſſit inuito creditore ſoluere partem debiti eo caſu, quo non conuenit, vt per partes ſolueretur: nam prima quæſtio, vt poſſit diſputari neceſſe eſt prius ponere ſolutionem factam fuiſſe eo modo, quo debet fieri. Secunda verò quæſtio id quærit, quod in altera ſupponitur, quis ſit legitimus modus debiti diſſoluendi, ſcilicet, an per partes poſſit ſolutio fieri; non eſt ergo bona conſequentia, ait I. C. poſſe debitorem liberare vnum ex fideiuſſoribus, ergo poſſum ex ſententia eius per partes debitũ ſoluere, quia dum ait poſſe te liberare alterum ex fideiuſſoribus, ſupponit te legitimè ſatisfeciſſe obligationi, quod quandoque fit etiam per partes, vel ex conuentione, vel volente creditore.

18 De prima aſſertione ſatis ſuperque egimus, ad alias accedamus, circa longè quas breuiores futuri ſumus. In ſecunda aſſertione continetur magiſtratum poſſe cogere creditorẽ accipere partem eius, quod ſibi debetur, ſi ei hæc res damnum non afferat, quam euidenter probat tex. *in d. l. quidam exiſtimauerunt*, dum ait. *Sed in vtraque cauſa humanius facturus videtur Prætor ſi actorem compulerit ad accipiendum id, quod offert, cum ad officium eius pertineat lites diminuere*. Nota aduerbium illud humanius, & ex eo intelliges, non indiſtinctè, id fieri debere, ſed humanitate ſuggerente, cum nullum damnum ex ſolutione partis ſentit creditor, quod enim mihi prodeſt, & tibi non nocet, æquitas vult vt mihi concedatur, etiamſi iure deficiamur, *l. 2. §. item Varus, ff. de acq. plu. arcend.* quod ipſum confirmant illa verba, *cum ad officium eius pertineat lites diminuere*. Hæc enim ratio, tunc viget, cum ſine incommodo alicuius ſit, ideò enim lites fiunt, ne quis in damno maneat, & hæc eſt differentia, quæ eſt in libertate, & cæteris cauſis, nam cum de illa agitur, indiſtinctè dicitur creditorem cogi partem debiti accipere, *l. 4. propè finem, de ſtatulib.*

19 Sed opponet quis, coniungit I. C. inſimul, eũ qui decem petit, & eum, qui fundum ſuum eſſe dicit, & vtroque caſu ait, humanius facturum eſſe Prætorem, ſi compulerit actorem partem accipere, ſi enim vera eſt prędicta expoſitio, vtroque caſu ex humanitate hoc conciditur, quod reſpectu fundi non videtur admittendum, actio enim realis in poſſeſſione rei conuenti, ita conſiſtit, vt non poſſit competere, niſi aduerſus eum qui poſſidet rem, vel dolo deſijt poſſidere, *§. omnium, Inſtit. de act.* & per conſequens reus dimittiendo partem rei, eamque tradendo actori ſummo iure, quò ad hanc partem liberatur, quò pertinet id, quod ex eodem Iuliano, & ex eodem libro relatum eſt *in l. 8. ff. ſi pars hered. petat.* permittendum eſſe eum, qui vniuerſam poſſidet hæreditatem partem dimittere, & partẽ defendere: permittendum inquam eſſe non auctoritate Prætoris, cuius nõ meminit, ſed ſummo iure.

20 Non eſt cur dubitemus hac in re diuerſam cauſam eſſe eius, qui reali actione conuenitur, ac ſit illius, qui actione perſonali fuit conuentus, vt ex dictis conſtat, & ideò dum I. C. eos coniungit in d. l. quidam, neceſſe eſt dicere propter aliquam circunſtantiam factam fuiſſe parem eorum conditionem, cumque omnis dubitatio hac in re ex incommodo actoris pendeat, intelligendus eſt Iulianus, cum dãnoſum eſſe poteſt actori partem fundi accipere, cũque nullam circumſtãtiam exprimat, ex qua id colligi poſſit, optimum erit dicere, eum loqui poſt iudicium acceptum, & interpoſitas ſponſiones, quæ inter litigantes fieri ſolebant, tũc enim multum intereſſe poterat actoris, an reus litem ſuſceptam vſque ad ſententiam tutaretur.

21 Veritas tertiæ aſſertionis elicitur *ex l. tutor, §. Lucius, ff. de vſur.* & ex regula *l. eum poſtulantem 44. ff. de damno infecto.*

Contrahentibus, an liceat naturaliter adinuicem ſe decipere ad l. in cauſæ 17. §. idem Pomponius, ff. de min. l. item de pretio, in fine, ff. de loc. & cond. l. ſi voluntate, C. de reſcind. vend. *Cap. XXXIII.*

1 Licere contrahentibus naturaliter ſe in pretio circũuenire probari videtur *ex l. in cauſa 17. §. idem Pomp. ff. de minor.* dum ait. *Idem Pomp. ait in pretio emptionis, & venditionis naturaliter licere contrahentibus ſe circumuenire.*

Ad idem pertinet *l. item de pretio, §. quemadmodum, ff. de loc. & cond.* dum inquit. *Quemadmodum in emendo, & vendendo naturaliter conceſſum eſt, quod pluris ſit minoris emere, quod minoris ſit pluris vendere, ita in conductionibus, & locationibus idem iuris eſt.*

2 Tertiò viget *l. ſi voluntate, C. de reſcind. vend.* dum ſic ait. *Quòd ſi contractus emptionis, atque venditionis cogitaſſes ſubſtantiam; & quòd emptor viliore comparandi, venditor cariore diſtrahendi votũ gerentes, ad hunc contractum accedant, vixque poſt multas contentiones, paulatim venditore de eo, quod petierat detrahente, emptore autem huic, quod obtulerat addente ad certum conſentiunt pretium. Profectò proſpiceres neque bonam fidem, quę emptionis, atque venditionis conuentionem tuetur pati, neque vllam rationẽ concedere reſcindi propter hoc conſenſu finitum cõtractum.* His verbis Diocl. & Max. A. A. redarguunt quendam, qui ex eo contractũ reſcindere volebat, quod in pretio læſus fuerat, eũque repelli debere, vt oſtẽdant, ad ſubſtantiam emptionis, & venditionis, & ad bonam fidem, quæ hunc contractum tuetur, conſugiunt.

3 Huic tamen ſententiæ apertè repugnat *l. nam hoc natura, de cond. indeb.* naturam non pati aliquem cum aliena iactura locupletari, huc etiam ſpectat *l. in re ſuccurſum, in fine, ff. de iur. dot.* dũ ait. *Si in dote danda circumuentus ſit alteruter, etiam maiori annis 25. ſuccurrendum eſt, quia æquo, & bono non conuenit, aut lucrari aliquem cũ damno alterius, aut damnum ſentire per alterius lucrum.*

4 Cum his concordat Ariſtot. *lib. 5. Ethicorum. c. 4.* dum multis verbis oſtẽdit iuſtitiæ cõmutatiuæ aduerſari

uersari aliquem in cõmertijs plus accipere, quã dederit, concordat etiam Cicero *lib. 3. Officiorum*, dum ait. *Detrahere aliquid alteri, & hominem hominis incommodo suum augere commodum, magis est cõtra naturam, quàm mors, quàm paupertas, quàm dolor, quàm cætera, quæ possunt corpori accidere, aut rebus externis.* In cuius sententiæ comprobationem acutè disputat ibidem Tullius, quem, si sapis, cõsules.

5 Pro hac parte stat nostrorum Theologorum sententia; ij enim vnanimi consensu docent mortaliter peccare illos, qui in quantitate non leui deceperint eum, cum quo contrahunt, etiam si læsio nõ excedat dimidiam iusti pretij, adeas Nauarrum *in c. nouit, de iudic. in 6. not. & in Manuali cap. 28. num.* 8. Sotum *lib. 6. q. 3. art.* 1. Couar. *lib. 2. var. c. 4. num.* 11. Pinell. *de rescind. vend. p. 1. legis. nu.* 35. L. Molinam, *de contractibus, disput.* 330.

Quorum traditio manifestè probatur ex c. 28. Leuitici, vbi dicitur, *Quando vendis cuipiam ciui tuo, vel emis ab eo, non contristes fratrem tuũ*, ex D. Paul. ad Thess. 4. dum ait, *Nec quis circumueniat in negotio fratrem, vindex est Dominus de his omnibus.*

Nec refragatur tex. *in c. dilecti, & in c. cum causã, de empt. & vend.* in quibus propter læsionem intra dimidiam iusti pretij negatur actio ad rescindendũ contractum, quia non valet hæc consequentia, quis non potest conueniri in iudicio, ergo est tutus in foro conscientiæ, quia Reip. nimis obesset, si omnes qui in foro conscientiæ tenentur, in foro exteriori possent conueniri, omnia enim litibus replerentur.

6 Et hęc opinio tenenda est, siue scienter, siue ignoranter iniusto pretio rem comparauerit, læsio enim in comertijs ex contrahentium voluntate non deducitur, sed ex re, hoc est ex damno, & inæqualitate, quæ inter eos est, vt explicat Arist. *lib. 5. Ethic. c. 4.* & ideò non refert, an quis data opera iniusto pretio emerit, an ignoráter, dummodò iniusto pretio emerit, atque ita post alios rectè docet Couar. *lib. 2. c. 4. num.* 11. *vers. quin & communis opinio*, pro cuius opinionis comprobatione faciunt verba I. C. *in l. 1. vers. causa huius adicti, ff. de adilitio edicto*, dũ ait. *Neque enim interest emptoris, cur fallatur ignorãtia venditoris, an calliditate*, concordat tex. *in l. si quis cum aliter 36. ff. de verb. oblig.* in illis verbis, *Idem est, & si nullus dolus intercesserit stipulantis, sed ipsa res in se dolum habet: cum enim quis petit ex ea stipulatione hoc ipse dolo facit, quòd petit*: dolo enim facit, dum rem viliori pretio emptam retinet cum iactura ven
7 ditoris, licet dum emerit, dolo caruerit: cauendum est ergo ab illis, qui contrarium sentiunt a Bald. *in Authen. ad hæc, num. 16. C. de vsur.* a Decio *in l. semper in contractibus. ff. de reg. iur.* ab Anton. de Padilla *in l. 2. num. 73. vers. ego vero, C. de rescind. vendit.* ab Ant. Burgos. *cap. dilecti, num. 22. de empt. & vendit.* quibus non suffragatur exemplum præscriptionis, quæ cum perfecta est per superuenientẽ malam fidem non retractatur, etiam in foro conscientiæ secundum receptiorem, & veriorem opinionem, vt videre est apud Tiraq. *de præscript. §. 1. glos. 2.* apud Sarmient. *lib. 2. Select. c.* 10. Couar. *in c. possessor malæ fide, 3. par. §.* 2. D. Fachin. *lib. 1. c.* 64. Ceuallos *com.*
8 *contr. com. q.* 657. quoniam inter hos casus euidens discrimen est, nam præscriptione completa statim legis auctoritate is, qui præscripsit efficitur dominus, & ideò superueniens mala fides ei nocere non potest, quia non est sufficiens ad annullandum titulum acquisitum a lege. Econtra, cum quis bona fide emit, si rem iniusto pretio acquisiuerit, rem quidem suam facit cũ onere tamen supplendi id, quod deest iusto pretio, nemo enim debet id, quod alienum est retinere inuito, vel inscio domino, alienum autem est quicquid præter iustum pretium est; & licet tunc a culpa excusetur propter iustam ignorantiam, non tamen sequitur quin data scientia ipse non retineat iniustè id, quod deest iusto pretio: ignorantia enim non potuit eum liberare ab onere restituendi id, quod iniustè tenet. Concludamus ergo rationem naturalem non pati, vt contrahentes se adinuicem decipiant, & ideò peccare eos qui secus fecerint: sed quid locis ex aduersò adductis respondebimus? quod pertinet ad textus primu loco allegatos, variæ sunt nostrorum expositiones, quas examinare haud inutile erit.

9 Primo loco Accur. *in d. §. idem Pomponius*, ait auctores horum locorum, dum aiunt naturaliter licere cõtrahentibus se decipere, intelligi debere, idest de iure gentium, quia secundum ius gentium contractus non obstante læsione validus est, & hunc intellectum defendit Arius Pinellus *ad l. 2. C. de rescin. par. 1. num. 39. &* 40. quem tollerabilem esse asserit ibi Ant. de Padill. *num.* 11. eundem sequitur Morla *in Emporio, tit. de empt. q. 8. a num.* 5. & Io. de Salas *de legibus disputat. 2. sectione 6.* Molin. *de contract. disp. 350. ad secundum.*

10 Hæc expositio non est admittenda, quia ius gentium fundatur in ratione naturali, *§. 1. Instit. de iur. natur. l. omnes populi, de iust. & iur.* & ideò non potest admittere hanc deceptionem: nam naturalis ratio eã omninò reicit, nec dicas id admissum fuisse ne comertia turbarentur, & omnia litibus replerentur, quia satis est negare actionem ei, qui læsus fuit ad impugnandum comertium propter læsionem: cuius responsionis vis non tollitur ex eo, quod scribunt Molina, & Salas, num. 36. verba illa licere, & concessum esse, accipiendo esse, idest permissum esse, quo sensu hæc verba quandoque accipi nonnullis exemplis nititur probare Io. Salas, quia nimis inuerisimile est duos I. C. in hac re explicanda adeò obscurè locutos fuisse, vtẽdo verbo naturaliter, idest iure gentiũ. Secundò cõcessum est, & licet, idest permissum est, in hac inquam re, quæ lubrica est, & lucem desiderat, quia scriptum est ius gentium pendere ex ratione naturali.

11 Secunda expositio est eorum, qui dicunt, non de omni læsione in his locis agi, sed de moderata, de ea nempè, quę consistit intra latitudinẽ iusti pretij: iustum enim pretium diuiditur in pretium rigorosum, vile, & medium, ita Corrad. *de contractib. q.* 56. Couar. *lib. 2. c. 3. num.* 2. Ant. Faber *decad. 9. error. 1. num.* 7.

Hanc expositionem impugnat acriter Pinellus loco mox laudato, contendens verba harum legum generaliter prolata esse generaliter accipienda, ita vt sit sensus licere naturaliter, idest de iure gentium se in quacunque summa circumuenire.

12 Nullus ex istis intellectibus mihi placet, nam si admittimus intellectum Pinelli nulla ratione possumus defendere hos I. C. quod admiserint licere de

iure gen-

iure gentium contrahẽtibus ſe adinuicem circumuenire etiam vltra dimidiam iuſti pretij, quia res hęc euidẽter iniqua eſt, & nimis abhorret a ratione naturali, & ab humanitate, nec defendi vllo modo poteſt, vel ex publica vtilitate, vel ex hominum cõſuetudine, vel ex natura comertij, aut alia ratione.

13 Alium etiam intellectum non poſſum probare, quia clarè I. C. ait, licere pluris vendere, & minoris emere, & licere ſe adinuicem circumuenire, neque enim, qui iuſto pretio emit, licet vile ſit, minoris emere, vel circumuenire, rectè dicitur, nec is, qui rigoroſo pretio rem vendit, pluris vendere dicitur, vel circumuenire emptorem.

14 Tertius eſt intellectus aliorum, qui hos tex. de ea læſione accipiunt, quæ ignoranter acciderit, dum quilibet ex contrahentibus iuſto pretio rem vendere, & acquirere ſtudet, ita Fortunius docet *de vltim. fin. iuris, illat. 17. num.* 277. Vaſquez ad D. Thom. *1. 2. diſput. 157. c. 4. a num. 31.*

Reicitur hæc interpretatio a Nauarro, & ab alijs, præcipuè a Io. de Salas *de legib. diſp. 2. ſect. 6. nu. 33.* multis ex cauſis, præcipuè, quia læſio in propoſito ex re oritur, hoc eſt ex damno alterius ex cõtrahentibus, & ideò non refert, an ſcienter, an ignoranter acciderit, vt probaui ſuprà a num. 6.

15 Quartus intellectus eſt aliorum, qui dicunt licere contrahentibus naturaliter ſe decipere, ideſt ex natura contractus, ita Ant. de Padilla *in l. 2. nu. 11. propè finem, C. de reſcind. vend.* Cuiat. ad edict. Paul. *ad l. 22. §. vlt. ff. locat.* Morla *in Empor. Iur. de empt. & vend. num. 14. verſ. quos intellectus.* Ant. Faber *decad. 8. error. 5. num. 20.*

Hæc expoſitio non eſt admittenda, quia, cum contractus, in quibus fit commutatio, fiant, vt accipiatur pro eo, quod datur aliud eiuſdem valoris, vt exponit Ariſt. *lib. 8. Ethic. c. 4.* vtique manifeſtũ eſt naturam horum comertiorum non admittere, vt aliquis ex contrahentibus lædatur, & ideò non patitur natura eorum, vt non liceat conquęri de læſione, niſi exceſſiua ſit.

Nec te turbet, quod ſi liceret conquęri de omni læſione nimis comertia reſtringerentur, quia id ex natura comertij non oritur, ſed ex prauitate hominum, ſi enim homines iuſti eſſent, hoc incommodum non adeſſet.

16 Vera interpretatio horum iurium eſt, vt referantur ad vſum, & vetuſtiſſimam conſuetudinem hominum circumueniendi ſe in contrahendo, quæ expoſitio aſcribitur a Nauarro quibuſdam auditoribus ſuis *in c. qualitas, num. 44. diſtinct. 5. de pœnit.* eandem ſequuntur. Sot. *de iuſt. & iure, lib. 6. q. 2. art. 3.* Medina *de reſtit. q. 23.* & re ipſa Barboſ. *ad rub. ff. ſol. matr. par. 4. num. 27.*

Hæc interpretatio veriſſima eſt, nã hanc conſuetudinem ſemper apud homines fuiſſe colligitur *ex l. ſi voluntate 8. C. de reſcin.* & euincit lucri cupiditas, quæ poſt primorum parentum lapſum, hominum mentes inuaſit, & perpetuò occupauit, hæc autẽ conſuetudo efficit, vt ſine iniuria id fieri exiſtimetur, quod enim exemplo fit iure fieri creditur, vt eſt apud Terentium, qua ratione factum eſt, vt conſuetudo populi, vel excuſet a delicto in foro exteriori, vel minuat pœnam, vt per Ial. *in l. de quibus, a num. 8. de legib.*

17 Cum autem hæc conſuetudo vetuſtiſſima ſit, & vbique gentium vigeat, iure meritò dicitur naturaliter eſſe permiſſum id, quod per eam conceditur, quia conſuetudo altera natura appellatur, eiuſque vim adæquat, quod teſtatur Cic. *lib. 1. de Inuent.* dum, ait *vetus conſuetudo naturæ vim obtinet, & lib. 1. de Finibus*, cõſuetudinem quaſi alteram naturam appellat, & cum Cic. conuenit D. Auguſt. *lib. 6. de Mus*, dum ait, *conſuetudo ſecunda, & quaſi affabricata natura dicitur*, & Iſidor. *lib. 1. Soliloquior.* inquit, *conſuetudo peccandi vitium in naturam cõuertit*, quod etiam agnoſcit Bal. *in l. contractus, num. 9. in fine, C. de fide Inſtr.* & alij paſſim, & hæc de primis duobus locis ſatis: accedamus *ad l. ſi voluntate 8. C. de reſcind. vendit.*

18 Hic tex. maiorem, vt mihi videtur, continet dubitationem, cum enim vellent eius auctores indicare, non licere venditori conquęri de emptore, quòd viliori pretio rem comparauerit ad ſubſtantiam emptionis, & venditionis confugiunt, ergo ex hoc tex. probatur ex natura ipſius contractus proficiſci, ne ad ſupplementum iuſti pretij agere liceat, niſi minus, quam dimidia iuſti pretij peruenerit ad venditorem: immò verò apertè in eo dicitur aduerſus bonam fidem eſſe, nullamque rationẽ concedere reſcindi propter læſionem contractum perfectum, niſi minus dimidia iuſti pretij latum fuerit.

Vt germanum huius text. ſenſum aſſequamur, diligenter animaduertere debemus verba, *& quòd emptor viliore comparandi, venditor cariore diſtrahendi votum gerentes, ad hunc contractum accedant, vixque poſt multas contentiones paulatim venditore, de eo, quod petierat detrahente, emptore autem huic, quod obtulerat addente, ad certum conſentiant pretium*: ex his enim intelligimus tacitam quandam inter homines cõuentionem eſſe, vt in comertijs liceat cuilibet ſuam meliorem facere conditionem, quæ ortum ducit ex inueterata hominum conſuetudine, ſe adinuicem in comertijs decipiendi, quæ adeò inuaſit hominum mentes, vt in naturam fuerit conuerſa, ex hac enim tacita conuentione oritur, vt non patiatur bona fides, quæ conuentionem hanc ſperni non ſinit, reſcindi contractum propter lęſionem, niſi excedat metam a lege ſtatutam, bona autem fides ciuili, politicoque modo magis accipitur, quàm ſecundum naturalis rationis dictamen, quod non eſt nouum, *l. bona fides 31. ff. de depoſit.* quod autem dixit textus naturam huius contractus non pati, vt reſcindatur, niſi excedat læſio dimidiam iuſti pretij, hanc rationem habet: contractus, de quo agimus conſenſu perficitur, ergo ſtatim atque partes conuenerunt perfectum comertium eſt, & abſolutum, ergo ſuaptè natura contrahentes ligat, ergo eum propter læſionem reſcindi natura ipſius non patitur, quia contractus perfecti ab initio ſunt voluntatis, ex poſt facto neceſſitatis.

De reſciſſione contractuum, in quibus adeſt læſio vltra dimidiam, an in omnibus contractibus ſit admittenda ad l. 2. C. de reſcind. vendit. *Cap. XXXIV.*

1 NOn permittit ius naturale, aliquem cum aliena iactura locupletari, munusque iuſtitię cõmutatiuę eſt ad æqualitatem redigere eas conuentiones,

tiones, in quibus quis plus dedit, quam acceperit, vt in antecedenti capite exposui luculenter, quod igitur habetur *in l.2. C.de rescind. vendit.* venditori scilicet, qui vltra dimidiā iusti pretij lęsus fuit, succurendum esse, iuris rationi plurimum conuenit, estò quod a iure Romanorum recederet, iuris enim rationem, non ex alicuius populi institutis deducimus, sed ex naturæ, ac iurisgentium regulis, nisi agamus de ijs, quæ alicuius populi peculiaria sunt.

2 Non sunt ergo reprehendendi nostri interpretes, id, quod ibi de venditore legitur, ad alios trahentes contractus, quia in ijs, quæ ex iuris naturalis fontibus deducuntur, de similibus ad similia procedimus, quia ex vi, ac potestate rationis naturalis res tunc pendet, non ex hominis alicuius voluntate, aut potestate, & propterea fieri non potest, vt ea, quæ eadem ratio pariter determinat, diuerso iure censeantur.

3 Non iniuria tamen eosdem interpretes redarguit Arius Pinellus *ad l.2.C.de rescind.vend.p.1.c.3. a nu.3.* quòd in hac ipsa re diuerso iure iudicari debere existimauerint contractus stricti iuris, ac fiant venditio, & cæteri bonæ fidei contractus, vt constat ex Castr. *cons.386. col.2.lib.2.* ex Ias. *in l.si quis cum aliter, nu.18.ff.de verb. oblig.* vbi Alex. Cagnol. *in d.l.2.num.64.* D. Fachin. *lib.2.cap.22.col.penult. vers.4.* controuertitur. Cum enim, nec in his contractibus patiatur ius naturale aliquem cum aliena iactura locupletari, vtique ea ratio, quæ contractibus bonæ fidei fauet, contractibus quoque stricti iuris suffragatur.

4 Quòd clarius exponam: Ius naturale, & iustitia commutatiua subueniri volunt ei, qui in conuentione læsus fuit, verum lex positiua propter bonum publicum, actionem denegauit ei, qui fuit læsus, eumque durum id nimis videretur, certus modus constitutus fuit, quo hæc durities temperaretur, qui exponitur *in d. l. 2. C. de rescind. vend.* hic autem modus, quatenus concedit ei, qui læsus fuit, ius agendi, iuri naturæ congruit, itaque negari non potest hac ratione factum fuisse, vt vis, ac potestas iuris naturalis, in hac parte illęsa manserit: ergo poterit quis eius beneficio vti in omnibus conuentionibus, cum in nulla conuentione ius naturale patiatur aliquem lædi.

5 Iure etiam notari possunt illi, qui hac in re distinguunt conuentiones, in quibus geminatus fuit, hoc est iteratus consensus eius, qui læsus fuit, ab illis quę vnico actu fuerunt perfectæ, quos recensent & sequuntur Rub. Alex. *cons.133.139.& 167.* Crauett. *cons.151. num.31. & 32.* Couar. *ad c.quamuis, p.3. §. vlt. vers. octaua conclusio*, neque enim iustitia patitur quem in contractu lædi, etiam si pluries ei cōsenserit, quia consensus iteratus, non potest facere, vt iustum sit aliquem cum aliena iactura locupletari, atque ita rectè scripserunt Soc. Dec. & alij, quos referunt & sequuntur Cagnol. *in d.l.2.nu.71.* & ibi Pinell. *par.2.c.1.nu.36.* D. Fachin. *lib.2.c.21. col.fin.vers.quarta est controuersia.*

6 Fundamentum partis aduersæ consistit in vi, & potestate geminationis, de qua plura scribunt Felin. *in c.si cautio, in fine, de fide instr.* Euerard. *loco a vi geminationis*; sed nihil valet, quia geminus consensus, non potest fundamentum d.l.2. destruere, & per consequens non potest eius vim impedire, quod est illud, quod inspici debet, cum de vi, ac potestate actus iterati tractamus; si enim hac ratione vitiū quod actui resistebat, tollatur, veluti accidit *in l. si mulier 22. & in Auth. sine a me, C. ad Velleian.* geminatio facit, vt actus iteratus distinguatur ab eo, qui semel factus fuit; si enim secus esset, cur hæc distinctio fieret?

7 Ex his intelligimus, quò ad rem nostram, non referre, quod sub hasta contractus factus fuerit, quemadmodum putauerunt multi, de quibus Ant. Gabr. *tit.de empt.& vend.concl.1.* quia nec sub hasta aliquem lædi natura patitur.

Facit quidem modus hic vendendi, ne faciles simus in existimando rem uiliori pretio fuisse distractam, sed non potest efficere, vt si contigerit aliquem vltra dimidiam iusti pretij fuisse læsum, non possit is, qui læsus fuit, conquæri, quia, & tunc vrget certissimum naturæ pręceptum, neminem locupletari debere cum aliena iactura, & ista rectè senserunt Cagnol. *in dicta l.2. num.161.* Pinell. *par.2.nu.25.* & alij ab his allati, necnon Dominus Fachin. *lib.2.cap.29.col.2. vers. sed contrarium*, qui benè respondet argumētis ex aduersò adductis, idē placet Rotæ Seraph. *decis.1478. num.1.& par.2. in recentioribus, decis.648. num.5.*

8 Immò si auctoritas iudicis accesserit, adhuc erit locus d. l. 2. quia auctoritas iudicis non potest efficere, vt iustum sit aliquem cum alterius iactura locupletari, & per consequens non poterit efficere, ne is, cui damnum illatū fuit, possit iura sua experiri, quod optimè docuerunt Imol. & Alex. *in l.si quis cum aliter, ff.de verb.oblig.* & alij de quibus Cagnol. *in d.l.2.nu.158.* Menoc. *lib.2. præsumpt.75. nu.34.* repudiata opinione Barto. *in l. 1. C. de præd. decur. lib.10.* quem multi alij sequuntur, de quibus Gabr. *tit. de empt.& vend.concl.5.nu.57.* quorū rationes eò spectāt, vt probent actus, in quibus magistratus auctoritas adhibita fuit, præsumi rectè, & ritè factos, quod ideò nobis non nocet, quia agimus de ea specie, in qua clarè, & apertè fuerit probata læsio vltra dimidiam iusti pretij.

9 An verò idem sit dicendum, cum quis scienter cum læsione vltra dimidiam res suas distrahit, nūc explicemus. Negant nostri communiter, vide Cagnol. *in l.2. C.de rescind. vend. num.124.* Affirmant Pinell. *ibi parte 1.cap.1.nu.10.* D. Fachin. *lib.2.c.20. cōtrouers.5.* Ant. Fab. *decad.7.error.8.nu.8.* Ego duabus assertionibus rem expedio. Prima hæc sit, vbi quis nulla vrgente causa scienter rem carius emit, vel vilius distrahit, non potest conquæri, quia donare censetur, *l.donari, de donat.* & huc spectat text. *in l.domum, vers.si mihi quoque, ff.de contrahen.empt.* Secunda conclusio, vbi quis necessitate vrgente id facit, vel vt suis rebus, vel amicorum cōsulat, de lęsione conquæri potest, cum enim non habeat animum donandi, iniquum est, aduersarium cum eius iactura locupletari.

De eadem materia. Cap. XXXV.

1 CAuendū est tamen ne confundamus eos actus, qui comertij expertes sunt, cum contractibus, veluti est permutatio beneficiorum ex consensu

Papæ facta, licet enim permutatio ſit comertij ſpecies, hæc tamen, de qua agimus ex defectu materiæ non debet comertium exiſtimari, & proinde illis aſſentior, qui negant ei, qui in permutatione beneficij grauiter læſus fuerit, competere beneficiũ, de quo in d. l. 2. quos refert, & ſequitur Couar. *lib. 1. var. cap. 5. num. 3.*

2 Cum quis immodicè læſus eſt, ſi rem ad iudicem deferat, petit ab aduerſario, vt ſibi iuſtũ pretiũ ſuppleat, vel rẽ reſtituat: neutrũ is, de quo agimus face re poteſt; igitur de læſione conqueri non poteſt: nã, ſi de pretio tractauerit, & pro beneficio quod aduerſario tradidit, pecuniam poſtulauerit, ſimoniæ labem euidenter eius poſtulatio continet, *vide tex. in c. 5. de rerum permut.* non poteſt etiam poſtulare, vt ſibi beneficium reſtituatur, quia id in poteſtate ſui aduerſarij non eſt: ergo id quod in hac lege habetur, huic ſpeciei non poteſt adaptari, cumque hac ratione ei, de quo agimus conſuli non poſſit, nulla

3 eſt ratio, qua iure ordinario ei conſuli poſſit, ſi modò dolus eiuſmodi non interuenerit, qui inutilem reddat reſignationem beneficij, quia nulla ratio adeſt, qua iudex poſſit rem ad æqualitatem redigere; æqualitas enim alia ratione, quam per æſtimationem vtriuſque beneficij, & per retributionẽ introduci non poteſt, quæ res abſque ſimonia ab huiuſmodi iudice non poteſt fieri, *c. quæſitum, & c. ſeq. de rer. permut.*

4 Dixi iure ordinario, quia adeundo S. Pontificem facilè erit remedium inuenire, *vide tex. in c. cũ olim, & in c. ſeq. de rer. permut.* aliter hanc rem expoſuerunt Ant. Burg. *in c. cum cauſa, num. 60. de empt. & vend.* Pinell. *de reſcind. vendit. par. 1. c. 3. num. 16.* D. Fachin. *lib. 2. c. 22. col. 3. in 3. controuerſia.*

5 Cauendum eſt etiam, ne confundas actus iudiciales cum contractibus, quia diuerſimodè in his, quò ad rem noſtram lex verſatur; itaque licet in datione inſolutum a partibus facta remedium, de quo agimus, admitti debeat, quia venditionis vim obtinet, *l. ſi prædium, C. de euict.* tamen in datione in ſolutum iudicis auctoritate facta aliud dicere debemus, quia ſententia iudicis dationem huiuſmodi fieri iubẽtis, niſi remedio appellationis reſcindatur, pro veritate habenda erit, *l. res iudicata, ff. de reg. iur.* atque ita docent Alex. *in l. ſi quis cum aliter, nu. 18. ff. de verb. oblig.* Fab. de Monte *de empt. & vend. q. 8. num. 9.* Ant. Burgos *in c. cum cauſa, num. 15. de empt. & vend.* Pinell. *in d. l. 2. par. 1. c. 4. num. 10.* D. Fach. *lib. 2. cap. 21.* aliud viſum eſt Oldrad. *conſ. 37.* Curt. iun. *conſ. 53.* Iaſ. *conſ. 45. 1. lib. 4.* Mant. *conſ. 70. lib. 1.* Ruin. *conſ. 49. nu. 11. in 4.* Cagnol. *in d. l. 2. num. 163.*

6 Aliud erit etiam obſeruandum, cum in teſtamento ſuo iubet quis hæredi, aut legatario, aut fideicõmiſſario, vt certo pretio rem diſtrahat, perſonam nominando, in quam res transferri debet, quia cum cenſetur id, quod iuſto pretio deeſt donare, ſi enim vellet ſimpliciter grauare hæredem ad diſtrahendum, non conſtitueret pretium certum: ideò autem dixi neceſſarium eſſe, vt perſonam nominet, quia ſi ſecus ſit, magis admonendi; quam taxandi pretij gratia illud expreſſiſſe cenſebitur.

7 An autem hæc de reſciſſione contractus diſputatio ad feuda pertineat videamus. Negant noſtri communiter, vide Cagnol. *in d. l. 2. nu. 207.* & ibidẽ Ant. Pinell. *par. 1. c. 4. num. 2.* D. Fachin. *lib. 2. c. 22. col. 3. verſ. non obſtat*, moti, quòd feudum beneficium eſt, nec propriè contractus cenſendum ſit, & ideò læſionis rationem admittere non videtur.

8 Hæc aſſertio veriſſima eſt, conſiderata natura feudi, ſecundum mores tamen, quibus hodiè viuitur, rarò locum habebit, cum plerumque illis feuda dentur, qui plus offerunt, itaque ſi verſemur in illis perſonis, quibus Princeps voluit vendere, non largiri feudum, nihil eſt, quod impedire poſſit, quin huic remedio ſit locus, cum tunc merum comertiũ ſit, & venditio feudi, non donatio.

9 Quod ſi vaſallus permittente domino feudum alicui vendiderit, exploratum eſt eſſe locum d. l. 2. quia tunc merum comertium eſt, cum ius, quod in feudo habet, alteri pro certo pretio concedat. De hac re ſi plura cupis, adeas Roſental. *de feud. cap. 9. quæſt. 63.*

De eadem re. Cap. XXXVI.

1 QVia verò ſunt nonnulli contractus, de quibus nominatim controuertitur, contineanturne *in l. 2. C. de reſc. vẽd.* bene erit de illis particulariter diſſerere, cumque habeant rationes quaſdam præcipuas, nõ poſſunt hæ dubitationes penitus diſſolui ex ijs, quę in antecedẽtibus capitibus diximus.

2 Primò occurrit emptio, licet enim dubitatione careat venditori immodicè læſo eſſe ſuccurrendum, emptori tamen, ſi in eandem inciderit læſionem ſubueniri debere negant Cuiac. *lib. 16. c. 18. & lib. 23. c. 32.* & cum eo Ant. Faber *decad. 8. error. 7.*

Fundamentum in duobus cõſiſtit. Primò, quòd lex, de qua agimus de venditore loquitur, & ideò non eſt trahenda ad emptorem, cũ ſit contra rationẽ iuris. Secundò, quòd diſpar ratio adeſt inter emptorẽ, & venditorem; venditor enim, cum immodicè læditur, vrgente neceſſitate plerumque id facit; emptor verò, cum carius rem comparat, non neceſſitate vrgente, sed præ deſideriu rei ſępius id facit, & proindè non eſt dignus, cui ſubueniatur.

3 Aduerſus hanc ſentẽtiam pugnat Robertus *lib. 2. animaduerſ. c. 13. & in not. ad notata Mercatoris*, nec non D. Fachin. *lib. 2. c. 16.* quibus, vt accedam, faciunt ea, quæ c. 34. ſcripſi, ex his enim idem ius in emptore recipiendum eſſe non obſcurè probatur: cumque ex ibi dictis primum aduerſæ ſententiæ fundamentum tollatur, eo omiſſo ſecundum capio; dico autem ſępe accidere, vt emptor alia ex cauſa lædatur in pretio, veluti ſi re egeat, vel quia exiſtimauerit rem tanti valere, quibus in caſibus communis ſententia accipi debet: nam ſi quis ſciẽs rei valorem præ eius deſiderio longè plus dederit, quàm valeat, euidens eſt, eum conquæri non poſſe, cum donaſſe cenſeatur quidquid vltra iuſtum pretium tradidit, vt ſuam expleret cupiditatem.

4 Nec obſtat, quod reſpondet Faber, ſtultitiæ emptoris tribuendum eſſe, quòd ignoranter carius rẽ emerit, & ideò ei non eſſe ſubueniendum, ſi dolus aduerſæ partis non adfuerit, quia lex ſtultis ſubuenire non ſolet, quoniam id verum eſſe poteſt, cum non immodicam læſionem ex ſtultitia ſua quis ſentit, nam vbi ea adeſt, ſtultitiæ ius noſtrum ſubueniri ex hac ipſa lege intelligitur, dum enim ſine diſtinctione

stinctione concedit venditori vltra dimidium læso, vt contra emptorem agat, id vtique concedit, cum venditor ideò læsus fuit, quòd rei suæ pretium iustum ignorauerit.

5 In æstimanda autem læsione ex parte emptoris, hæc ratio ineunda est, inspicienda est res, quam emit, quòd si nec ad dimidium pretij, quod dedit valor rei ascendat, dicendum est eum vltra dimidium læsum fuisse. Sic enim dicimus venditorem vltra dimidiam fuisse læsum, si pretium quod accepit, nec ad dimidium valorem rei, quam dedit ascẽderit, atque ita post vetustiores interpretes scribunt Pinellus *par.1.c.2.num.6.* Cuiac. & Faber locis allegatis, D. Fachin. *d.lib.2.c.16.vers.illud longè*, & ita sentiendum est, licet plurimi aliter sentiant, de quibus Cagnol. *ibi num.135.* Couar. *lib.2. var.c.4. num.8.* quorum fundamentum ex dictis sublatum est.

6 Secũdò differendum est de locatione, & conductione: hanc enim conuentionem diuerso iure in hac parte censeri debere contendit Ant. Faber *decade 8. error.8.*

Habet autem hæc sententia duplex fundamentum. Primum, quia incertum est, quot, & qui fructus ex re locata percipiendi sint, & ideò cum incertæ rei certa, & indubitata æstimatio dari non possit, iusta pensio ea censenda est, quam partes statuerunt: differt igitur in hac parte locatio, & conductio a venditione, & emptione, & ideò pari iure censeri non possunt.

7 Secundum fundamentũ est, quia facilius est conductorem rei suæ inuenire, quàm emptorem, & proinde cum locator circumuenitur, ex sua potius voluntate circumuẽtus videtur, quàm ex aliqua necessitate, quemadmodum de venditore immodice læso dicimus.

8 Primum argumentum ex eo dissoluitur, quòd cũ locatio nihil aliud contineat, quam alienationem vsus rei, & eorum emolumentorum, quæ in dies ex re percipiuntur, *c.eijciens, §.dicet aliquis, 88.distinct.* certam, & claram determinationem pretij ipsius facilè est constituere inspecto statu, & qualitate rei locatæ eo tempore, quo locatur: licet enim incertũ sit quid, quantumque ex ea colligendum sit, tamen certa est, & euidens eius rei conditio, ex qua eius vsus æstimationem accepit, quapropter, si aliter, ac conditio eius postulet, fuerit pensio constituta, vtique dicitur locator damnum certum, & clarum sentire.

9 Nec nocet, conductorem, qui aduersa tempestate fructuum vnius anni iacturam fecit, remissionẽ mercedis petere non posse antequam expletum fuerit locationis tempus, *l.ex cõducto, §. Papinianus 16. aliàs est l. si vno anno, ff. de locat. & cond. l. si certis annis, C. eodem titulo*, quia cum de remissione mercedis tractatur, inspicitur commodum, & incommodum, quod toto tempore locationis cõductor percipit, quia vnius anni sterilitas, cum alterius vbertate compensatur, neque enim bona fides patitur, vt damnum ex iniuria cœli illatum, a locatore compensetur, si eiusdem cœli benignitate fuerit sublatum.

10 Ad secundum respondetur, in hac quæstione nõ quæri, cur quis fuerit læsus, sed an vltra dimidiam fuerit læsus, nulla enim distinctione habita lex nostra ait humanum esse venditori, qui vltra dimidiã læsus fuit esse subueniendum, & iure merito, quia iustitiæ commutatiuæ regulæ omnem respuunt distinctionem, dummodò læsio citra volũtatem eius, qui læsus fuit acciderit, constanter itaque asseramus illud ius, quod in emptione, & venditione in hac parte obtinet, in locatione, & conductione obseruandum esse, nulla facta differentia, an tempus locationis lapsum fuerit, an adhuc duret, quemadmodum facit Dec. *cons. 583. col. final.* quia hæc circumstantia non efficit, quin iustum sit ei subueniri qui læsus fuit, atque ita rectissimè aduersus Dec. docent Pinellus *par.1.c.3.post num.*18. D. Fachin. *lib.2.c.22.*

Si læsus fuerit quis in diuisione, aut permutatione, an sit locus l.2.C.de rescind. vend. *Cap. XXXVII.*

1 IN diuisione, aut permutatione, cum aliquis læsus fuit, quemadmodum ei subueniendum sit accuratè, & acutè admodum, vt solet, tractat Antonius Faber *decad. 8. error. 1. num. 3. & 9.* itque reiectis cæterorum sententijs, sic distinguit, aut is, qui læsus est conqueritur antequam rei traditione perfectum fuerit negotium, aut postea de læsione tractat: primò casu audiendus erit etiam si læsio sit intra dimidiam: secundò, non est audiendus etiam si vltra dimidiam læsus fuerit.

2 Qua in re plurimum discordat a cæteris, nam quò ad permutationem pertinet ipsam eo iure vti, quod in venditione obseruatur *ex l. 2. C. de rescind. vendit.* cæteri censent: in diuisione verò licet contendant inter se, quænam læsio desideretur, vt ei, qui læsus fuit ius agẽdi competat, vt constat ex Cagnol. *in l. 2. num. 59. C. de rescind. vend.* vbi Pinel. *par. 2. c. 1.* & ex D. Fachin. *lib. 8. cap. 36. vers. sed alia controuersia oritur*; non tamen distingunt, vt facit Faber, quo tempore agatur de læsione.

3 Opinioni Fabri ex parte assentior, & ex parte repugno, quod enim docet in permutatione, & diuisione audiendum esse eum, qui læsus fuit, etiam si intra dimidiam læsus fuerit, cum ante perfectum rei traditione negotium, de læsione tractatur, libenter probo, quòd verò negat idem esse obseruandũ, cum fuit res tradita, probare nequeo, ea enim ratio, quæ efficit vt priori casu id existimem, non finit aliud me sentire, cum absoluto contractu, quærela læsionis proponitur.

4 Ratio autem est huiusmodi: Iure naturæ constat eum, qui læsus est in comertio posse agere, vt damnum sibi illatum resarciatur, vt c. 33. probaui, igitur iure naturæ potest, qui læsus fuit permutando, vel diuidendo postulare, vt quod eius aduersarius plus iusto consecutus fuit, restituat, nisi contrariũ iure aliquo positiuo constitutum fuisse ostendatur.

5 At nulla lex extat, nec causa vlla est, cur feratur lex, vt non liceat ei, qui permutando, vel diuidendo læsus fuit, postulare, vt damnum illatum resarciatur. Ergo nulla causa est, cur quis existimet non licere eis, de quibus agimus de læsione coram iudicante conqueri.

6 Nulla lex extat, quæ id vetet, quia nullus hucusque, quod ego sciam, illam indicauit, immo contra haud

tra haud difficile eſt ex legibus noſtris oſtendere, id permiſſum eſſe, ex eo quod legitur *in l. iure ſuccurſum 7. de iur. dot. Si in dote danda circumuentus ſit alternuter, & maiori annis 25. ſuccurrendum eſt, cum bono, & æquo non conueniat, aut lucrari aliquem, cum damno alterius, aut damnum ſentire per alterius lucrū,* concordat *l. ſi res æſtimata 13. §. 1. eod. tit.*

7 Idem probatus *ex l. 3. C. com. vtriuſque iud.* cum ait, *Quia quod in bonæ fidei iudicijs inæqualiter factum eſſe conſtiterit, in melius reformabitur*, neque enim hæc, de quibus agimus bonæ fidei iudicia eſſe ambigitur, *§. actionum, Inſtit. de act.*

8 Et quod pertinet ad eum, qui diuidendo læſus fuit, id optimè probat tex. *in d. l. 3. C. com. vtriuſque iud.* dum ait, *Maioribus etiam per fraudem, vel dolum, vel perperam ſine iudicio factis diuiſionibus ſolet ſubueniri, quia in bonæ fidei iudicijs, quod inęqualiter factum eſſe conſtiterit in melius reformabitur.*

9 Hunc tex. accipiendum eſſe, etiam quando res tradita fuit, vt conſtare poſſit, meminiſſe oportet totum hunc contextum Triboniano magis, quam Impp. Diocletiano, & Maximiano quibus inſcriptio illa aſcribit eſſe tribuendum, horum enim Impp. reſcriptum, ex quo hoc confecit Tribonianus, longè aliter conceptum fuit, ac ſit illud, de quo agimus, quemadmodum ex vtruiſque collatione conſtat.

Verba Reſcripti Diocletiani, & Maximiani Impp. ex Codice Gregoriano refert vetus quidam I.C. cuius conſultatio extat apud Cuiac. in eius cōſultationibus, eaque ſic ſe habent, *An diuiſio, quam iam factam proponis, conuelli debeat Rector Prouinciæ præſente parte aduerſa diligenter examinabit, & ſi fraudibus eam tam caruiſſe perſpexerit, quando etiā maioribus perperam factis diuiſionibus ſoleat ſubueniri, quod improbum, atque inęqualiter factum conſtiterit, in melius reformabit.*

10 Hoc reſcriptum, quod reſcindi diuiſiones inęqualiter inter maiores factas docet, cum ita demū id fieri permitteret, ſi Rector Prouinciæ fraudibus eas non caruiſſe perſpexerit, voluit Tribonianus ita concipere, vt id permitteret, etiamſi ſine fraude facta fuerit, dummodò inæqualitatem contineret, & ideò, ſic eius verba immutauit. *Maioribus etiam per fraudem, vel dolum, vel perperam ſine iudicio factis diuiſionibus ſolet ſubueniri*, additque rationem, ex natura iudiciorum bonæ fidei deſumptam, inquiens, *quia in bonæ fidei iudicijs, quod inæqualiter factum eſſe conſtiterit in melius reformabitur.*

11 Hunc Triboniani tex. accipiendum eſſe, ētſi res diuiſę cuique fuerint traditę indicat verborum generalitas, inquit enim tex. *maioribus ſolere ſubueniri aduerſus diuiſiones perperam factas*, ſi enim diſtinctio huiuſmodi eſſet adhibenda, vtique Tribonianus, qui verbis parcere non ſolet, non ita fuiſſet loquutus, maximè, quia iudiciorum bonæ fidei natura, ex qua huius rei deciſionem deduxit Tribonianus vtrumque tempus complectitur, ſi credimus eidem Triboniano, qui in Inſtit. tit. de action. ſic ſcribit, *In bonæ fidei iudicijs libera poteſtate permitti videtur iudici ex æquo & bono æſtimandi quantum actori reſtitui debeat*, & quia reſcriptum, ex quo illud confecit, procuIdubio habet locum, etiam poſt rei traditionem, ſi enim quò ad hanc quoque partem voluiſſet illud immutare, eius verbis, quo
12 ad hanc partem non fuiſſet vſus: cuius rationis vis non tollitur ex eo, quod iudiciū communi diuidundo, de quo agit textus, non detur poſtquàm res fuit tradita, *l. 9. C. com. vtriuſque iud.* quia reſpondeo in hoc iudicio duo actorem petere poſſe: primum vt res communes diuidantur: ſecundum vt ad eam ęqualitatem, quæ huius iudicij propria eſt, res redigatur; ſi de primò tractemus veriſſimū eſt, quod Faber ait; ſi verò de ſecundò, vt nos facimus, ſit ſermo, ſecus eſt, vt probatur *ex l. ſi quis putans 6. in principio l. ſed & poſtquā 9. & l. in ſumma 11. ff. com. diuid. l. ſed & eius, l. ſi ſeruus 32. famil. ercifcundæ.*

13 Quòd ſi iuris naturalis regulas inſpiciamus, non eſt dubitandum ex vi & poteſtate iudicij communi diuidundo poſſe eum, qui lęſus fuit poſt rem traditam, læſionem allegare, quia cum hoc iudicio partes inter ſocios conſtituantur, eius quoque munus erit, inæqualiter factas partes ad ęqualitatem redigere, vt exponit *Ariſt. lib. 5. Ethic c. 4.* & hanc iuris naturalis regulam reſpexiſſe Tribonianum reor, quia totam hanc rem poteſtati iudicij bonæ fidei tribuit, quæ ad reformandam diuiſionem, niſi dolus, aut metus interuenerit, apud Romanos non erat ſatis, vt ex hoc ipſo reſcripto, ſecūdum rectam eius lectionem colligitur.

14 Rectiſſimè autem Tribonianus omiſſa veteris iuris Romani regula, iuris naturalis vim reſpexit, quia ſublatis per Conſtantinum formulis, & actionum impetrationibus, ſatis erat, ſie factum proponere, vt actionem ſibi competere actor oſtenderet, & per conſequens is, qui iudicaturus erat intra formulam non concluſus, poterat iudicare ſecundum id, quod ius naturale dictabat, ētſi nulla prodita eſſet a iure Ciuili, vel Prętorio formula.

15 Nunc oſtendamus in caſu, de quo agimus, nullam extare cauſam, cur huiuſmodi ius conſtituatur. Conſtat per ſe iniquum eſſe, & Reipublicæ dānoſum homines ſibi adinuicem in comertijs inſidiari, & cum alterius iactura locupletari, neceſsè eſt ergo, vt aliqua vrgens cauſa allegetur, cur id remedijs opportunis nō corrigatur, nulla autem alia ratio idonea allegari poterit, quam quia omnia litibus replerentur, ſi liceret paſſim contrahentibus allegare læſionem, quæ ratio, cum ad eos tantum pertineat contractus, qui frequentius celebrantur, euidens eſt non pertinere ad diuiſionem, & permutationem, & per conſequens conſtat nullam extare cauſam, cur in permutatione, & diuiſione ab eo iure diſcedamus, quod natura introducit.

Quomodo ſuccurrendum ſit ei, qui in contractu emphiteuſis, in datione in ſolutum, & in rerum dotalium æſtimatione, fuit læſus, et quid ſit obſeruandum in agro to, qui cum medico contraxit, & an in foro Eccleſiaſtico ſit locus l. 2. C. de reſcind. vend. *Cap. XXXVIII.*

1 EX eadem ratione colligitur id quod in diuiſione, & permutatione dictum eſt, habere locum in emphiteuſi, etiam largè ſumpta, cum res fertiles conceduntur, quia nulla eſt lex quæ ius naturale, quò ad eam corrigat, nec cauſa extat vlla, cur corrigatur: alijs tamen aliter viſum eſt, vt conſtat ex Ant. Burgos *in c. cum cauſam, nu. 13. & 14. de empt. & vend.*

& vend. Cagnol. *ad l.2.C.de rescind.vend.a nu.*203. vbi Pinellus *p.1.c.3.nu.*35. ex D.Fach.*lib.2.c.*22.

2 Eadem ratio idem nos respondere compellit in datione in solutum, quam debitor spontè facit suo creditori, nec obstat eam venditionis instar esse, *l. si prædium, C.de euict.* quia id intelligitur, quò ad vim, & potestatē, non autem quò ad frequentiam; constat enim longè rarius eam fieri, quàm fiat venditionis contractus, quod est illud, ex quo res ista dependet. Aliud tamen censent alij, vt constat ex Curt.iun. *cons.*53. ex Ias. *cons.*251.*in* 4. ex Mantua *cons.*70. ex Ant.Burg. *in c.cum causa,nu.*45.*de empt. & vendit.* ex Pinello *in d.l.2. part.1.cap.4. num.*10. vbi Cagnol. *num.*163. D. Fachin. *lib.2. cap.*21. *in tertia controuersia.*

3 Idem respondendum est, si in rerum dotalium æstimatione læsio contigerit, cum eadem ratio prorsus vigeat: licet enim æstimatio venditionis, vim obtineat, l. plerunque, *§. si ante, de iure dot.* tamen non ita frequenter fit, vt venditio, quod plerique nostrorum agnouerunt, vt constat ex Burg. *in cap. cum causa, num.*48. *de empt. & vendit.* ex Bald. Nouell. *de priuil. dot.p.*7. *priuileg.*75. & ex alijs, de quibus Pinellus *par.1.cap.1.num.*9.*& num.*18. Ant. Gabr. *tit.de empt.& vendit.conclus.*1.*nu.*33. D. Fachin. *lib.2.cap.*28. per tex. *in l. iure succursum, ff. de iure dot.* dum ait, *Si in dote danda circunuentus sit alteruter, etiam maiori annis* 25. *succurrendum est, cum bono, & ęquo non conueniat, aut lucrari cum damno alterius, aut damnum sentire per alterius lucrum.* Cum enim nulla facta distinctione, circunuento subueniendum esse dicat I. C. addita ratione, quæ læsionem intra dimidiam continet, eius sermonem non possumus restringere ad eam speciem, in qua læsio dimidiam iustę ęstimationis excedit, vt faciunt Fulgos. *in l.2. numer.*2. *& 4. C. de rescind.* vbi Cagnol. *num.*63. & nonulli alij quorum rationes ex dictis dissolutæ sunt.

4 Ex illis etiã, quæ suprà disputauimus dissoluuntur rationes, quibus mouetur Ant. Faber *decad.* 8. *error.*6. vt nobis persuadeat ita demum mulieri circunuentæ in rerum dotalium æstimatione subueniri, si res sit integra, hoc est, si maritus non restituerit eam æstimationem, quę in dotalibus instrumentis fuit conscripta; & ideò indistinctè verum esse existimo ei, qui læsus fuit in ęstimatione rerum dotalium subueniri oportere.

5 Eodem iure censendum esse existimo conuentionem, quam cum ægroto facit medicus, vt ægroto, qui læsus fuit, debeat subueniri, ẽtsi læsio dimidiam non excedat, secutus communem nostrorum hac de re opinionem, vide Burg. *in cap. cum causa, num.*52.*de empt.& vendit.* D.Fachin. *lib.2.c.*25.

Nàm præterquam quod hoc genus comertij minus frequens est, & propterea dignum est, vt ab eo iure separetur, quo censentur emptio, & venditio, locatio, & cõductio, propter maximam earum frequentiam, adsunt duo nostri iuris loci, ex quibus nõ obscurè colligitur voluisse nostri iuris auctores, quò ad hanc rem particulari iure censeri, *l. medicus, de varijs extraordin. cognit. l. Archiatri, C. de profess. & medic. lib.*10.

6 Verba *l. medicus,* hæc sunt, *Medicus, cui curandos suos oculos, qui eis laborabat, comiserat, periculum eorum amittendorum per aduersa medicamenta inferendo compulit, vt ei possessiones suas æger contra bonam fidem venderet. Inciuile factum Præses Prouinciæ coerceat, remque restitui iubeat.*

Rationem huius decisionis indicat I.C. dum ait, *Inciuile factum Præses Prouinciæ coerceat*, quia: Inciuile nimis est medicum cum ægro de eius possessionibus distrahendis tractare: cum enim æger, cui præscribi non potest cur metuat, *l.4.ff.ad S.C. Trebell.* intelligat quantum possit sibi medicus aduersis medicamentis obesse, etiamsi aduersa valetudo, quam ei curandam obtulit, mortem non minitetur, iustè veretur medici indignationem, & propterea facilius in eius conuenit voluntatem.

7 Accedit alia ratio, quòd æger, dum ope medici eget, liberalius cum eo tractat, quàm aliàs facturus esset, quod indicat *d. l. Archiatri*, dum ait, *Quos etiam patimur accipere, quæ sani offerunt, non quæ periclitantes pro salute promittant:* & ideò inciuile est medicum cum ægroto de comertijs rerum eius tractare.

8 Non est ergo, quod quis cum Afflicto *decis.*123. & Cagnol. *in d.l.2.num.*191. existimet necessè esse, vt omnia concurrãt, quæ in d.l. medicus, leguntur, cum ratio, qua mouetur I. C. idem iuris esse ostendat in omni conuentione, quam cum ægro medicus fecerit.

9 Cum autem I.C. dicat Præsidem Prouinciæ debere medico mãdare, vt rem restituat, intelligimus particulari iure hasce conuentiones vti, in cæteris enim conuentionibus, licet ei, qui rem possidet, supplementum iusti pretij offerre; hoc autem ius ideò fuit introductũ, quia inciuile est, & a boni moribus ciuium nimis alienum, vt medici per blanditias, vel metũ ægrotos ad rerũ suarũ distractionẽ impellãt.

10 Superest, vt videamus, an in foro Ecclesiastico liceat agere propter læsionem non excedentem dimidiam, quod placuit Ias. *in §. sed ista, num.*107. *Inst.de act.* P.Gerar. *singul.*22. Calcan.*cons.*27. *nume.*28. Nauarr.*in cap.nouit, in 6.notabili, de iudicijs.* D. Fachin. *lib.2.cap.*25.

11 Fundamentum huius sententiæ in eo positũ est, quod Iudex Ecclesiasticus cognoscit de omni peccato mortali, quo aliquis Christianus innodatus est, si nolit pœnitentiam agere, *c. nouit, de iud.* ergo poterit eum, qui intra dimidiam aliquem læsit, coercere, si nolit iustum pretium supplere, quia sine peccato id fieri nequit.

12 Contrarium tenet Arius Pinellus *de rescind. vendit.p.2.c.1.num.*36. cui assentior, duplici motus fundamento. Primò *ex cap. cum causam, de emptio. & venditio.* dùm ait, *Cum causam, quæ inter œconomum Monasterij S. Martini de Monte ex parte vna, ac Ciues Viterbienses super casamentis ex altera verteba tur, fuisset aliquamdiù ventilata, cum constitisset nobis Monasterium in venditione vltra dimidiam iusti pretij fuisse deceptum, decreuimus, vt prefati Ciues recepto pretio possessiones restituerent memoratas, aut supplerent, quantum constaret legitime venditionis tempore iusto pretio defuisse:* considero S. Pontificẽ causam exponere, cur sententiam dixerit contra Ciues Viterbienses, cumque dicere se id fecisse, quia Monasterium lęsum fuerat vltra dimidiam iusti pretij, si non referret apud S. Pontificem, quanta læsio es-

ſet, nobis vtique occaſionem errandi præberet, exprimendo quanta fuerit læſio: quod ſi multum refert apud S. Pontificem, an læſio ſit intra, vel vltra dimidiam, vtique non licet ei, qui intra dimidiam læſus fuit conquæri in iudicio externo, quia ſi ſecus eſſet, huiuſmodi diſtinctionem reſpuiſſet S. Pontifex, cū cauſam læſionis ex profeſsò tractaret.

13 Huc pertinet quod legitur *in c. 3. eodem tit.* tractat Pontifex Alex. III. de comertio, in quo læſus alter fuerat vltra dimidiam, & Iudex pronunciauerat venditionem nullam eſſe, & ait, *Quia verò in arbitrio emptoris eſt, ſi velit ſupplere iuſtum pretium, aut venditionem reſcindere, cum res minus dimidia iuſti pretij comparatur, ſententiam ipſam*, &c. Si in foro canonico externo, in quo cauſa tractabatur, vt poſſit vt venditor conquæri, ſatis eſt magnam eſſe læſionem, etiam ſi intra dimidiam ſit, cur S. Pontifex ſic loquitur? cur de læſione vltra dimidiā mentionem facit? nulla vtique ratio idonea adſerri poteſt, quàm quia in huiuſmodi foro de minori læſione conqueri non licet.

14 Et iure meritò, quia ſi ſecus eſſet, omnia litibus replerentur, cum enim frequentiſſimè homines res emant, ac vendant, locent, & conducant, plurimæ lites de læſione oriuntur, quas extirpari Canonici iuris auctores, cum plurimum cupiant, inuerisimile eſt eos voluiſſe concedere licentiam agendi, cum læſio intra dimidiam iuſti pretij in contractu emptionis, & venditionis, locationis, & conductionis, conſiſtit.

15 Non obſtat id, quod habetur *in c. nouit, de iudicijs*, quia cum generi per ſpetiem derogetur, non poteſt habere locum in re noſtra, cum habeamus particularem hac de re SS. Pontificum diſpoſitionem, quæ ab huiuſmodi iure diſcedit, & quidem optima ratione, ne omnia litibus repleantur, & hanc opinionem vſus ipſe probauit, non ſolere enim illos, qui intra dimidiam læſi ſunt Eccleſiaſticum Iudicem adire, vt comertium ad æqualitatem redigatur, ex eo cognoſci poteſt, quòd apud noſtros DD. per paucis exceptis, mentio de huiuſmodi litibus reperitur, cum tamen ſoleant de his, quæ frequenter in controuerſiam vocātur, ſępius tractare.

Per renunciationem, an tollatur remedium l. 2. C. de reſcind. vend. *Cap. XXXIX.*

1 AN per renunciationem tollatur actio, quæ nobis competit, cum in comertio læſi fuimus, varie explicatur a noſtris, conſule Caſtr. *conſ. 337. lib. 2.* Couar. *lib. 2. var. c. 4.* & alios de quibus Anto. Gabr. *tit. de empt. & vendit. concluſ. 1. num. 92.* Calcan. *conſ. 25. num. 27.* D. Fachin. *lib. 2. c. 20. in ſexta controuerſia*, & Ant. Fabrum *decad. 7. error. 8.*

2 Hanc quæſtionem voluntatis eſſe, non poteſtatis, non ambigitur, quia cum is, qui lęſus fuit totam poſſet rem, vel pecuniam donare, multò magis eius partem potuit condonare, itaque tunc de hac re diſputatur, cum non extat idonea cauſa, cur credamus eum, qui lęſus fuit animum donandi habuiſſe.

Vbi autem hoc contingit, diſtinguere oportet, aut is, qui renunciat, valoris rei notitiam habet, aut illum ignorat; quòd ſi eius notitiam non habeat, exiſtimo renunciationem, etiam in indiuiduo huic beneficio factā, non obeſſe, hoc motus fundamēto.

Renunciatio, de qua agimus donationem continet, ergo non poteſt ſuffragari, vbi non adeſt donandi animus: at hic donandi animus non adeſt, vt ſupponimus, ergo renunciatio huiuſmodi ſuffragari non poteſt.

3 Donationem cōtineri in hac renunciatione euidens eſt, cum gratis, & data opera actio renuncianti competens aduerſario condonetur, *l. donari videtur, ff. de donat.* Donationem autem ibi eſſe non poſſe, vbi non eſt donandi animus, euidens etiam eſt, quia donatio ſine donantis voluntate fieri non poteſt, *l. 1. ff. de donat.*

4 At dices, ſi non habebat animū renunciandi, cur dixit ſe renunciare iuri agendi pp læſionem enormem, & enormiſſimam? Reſpondeo eum non putauiſſe tantam læſionem adeſſe, & ideò exiſtimauit renunciationem huiuſmodi gratis fieri, hoc eſt ſine ſuo incommodo, quid enim ei nocebat renunciare lęſioni, quæ non aderat? Si enim rei veritatem ſciuiſſet, proculdubio non renunciauiſſet, & ideò non debet ei nocere, quod renunciauerit.

5 Huc pertinet tex. *in l. fin. §. item quæſitum eſt, ff. de condict. indeb.* dum ait. *Idem quæſitum, an pactum, quod in pactionibus adſcribi ſolet in hunc modum: Ex hoc contractu nullam inter ſe controuerſiam amplius eſſe, impediat repetitionem? Reſpondit, nihil proponi, cur impediret.* Verba illa, *nullam controuerſiam inter ſe amplius fore de huiuſmodi contractu* vniuerſalem negationem continent, quæ ſi in vno falſa reddatur, in totum falſa redditur, *l. ſi is, qui ducenta, §. vtrum, verſ. id accidit, ff. de reb. dub.* & tamen non excludunt facultatem indebiti repetendi, quia is, qui ſoluit, non putabat indebitum ſoluere. Similiter ergo is, qui renunciat læſioni enormiſſimæ, non debet excludi a facultate agendi, quia non putauit huiuſmodi lęſionem adeſſe.

6 Iure autem I.C. reſpondit, & nos eius exemplo, aſſerimus clauſulas, de quibus agimus ad ea nō pertinere, quæ contra mentem eius, qui illas poſuit, veniunt, quia error, qui excludit conſenſum, facit ne renunciatio, quò ad hanc partē vim vllam habeat.

7 Quod clarius exponam, cum quis errore ductus aliquid facit putans ſe aliud facere, nihil agit, *l. ſi per errorem, de iuriſd. omn. iud.* at is, de quo agimus renunciando læſioni enormiſſimæ donationem rei ſuæ facit, cum tamen nolit donare, igitur nihil agit.

8 Nec dicas eum ſtultum eſſe, qui renunciando actioni ſibi competenti non intelligit, ſe gratis actionem huiuſmodi remittere, proindè non eſſe ei ſubueniendum, *l. regula, §. ſi quis ius ignorans, in fine de iur. ignor.* nam in promptu reſponſio eſt, eum quidem intelligere vim renunciationis, ſed cum putet ſe læſum non fuiſſe, exiſtimat renunciationem inanem eſſe ex defectu materiæ.

9 Rurſus oppones, licet non putauerit adeſſe læſionem, tam grandem, non ignorauit tamen fieri poſſe, vt adeſſet, quod ſatis eſſe videtur, vt per huiuſmodi renunciationem a iure ſuo excludatur. Nihil eſt: nam, cum putaret, ſe ſcire valorem rei, pro explorato habebat ſe non fuiſſe læſum, cum res diſtracta fuerit pro pretio, quod huiuſmodi valori reſpondebat, & proindè non credebat fieri poſſe, vt cōtractus contineret enormem, vel enormiſſimam læſionem,

læsionem, quia fieri non potest, vt is, qui scit rem fuisse distractam pro eo pretio, quod iustum esse existimat, putet contingere posse, vt res iniusto pretio fuerit distracta.

10 Et licet fieri possit, vt is, qui putat se rei valorem scire, credat se in æstimatione eius posse decipi, tamen cum contrahentes antequam conuenerint, plerumque rei, quæ distrahitur, conditionem diligentissimè soleant inuestigare, plerumque verum erit, eum, qui læsus fuit existimare se certam habere valoris rei notitiam, & proindè verum est plerumque eum, qui læsus fuit existimare fieri non posse, moraliter, non autem physicè loquor, vt hac in re decipiatur.

11 Quid si, dicet aliquis, versaremur in ea specie, in qua ex circumstantijs iudex cognosceret, eum qui læsus fuit non habuisse adeò certam valoris rei notitiam, quid tunc agendum erit?

Respõdeo: quòd quis valoris rei, de qua agimus, certam notitiam non habuerit, triplici ex causa, vt mihi videtur, existimare possumus. Primò, quòd is, qui læsus fuit, eius, a quo læsus fuit, fidei se comiserit. Secundò, quòd aliorum opera fuerit in rei conditionibus perscrutandis vsus. Tertiò, quòd ipse valdè negligens sit, vel imperitus.

12 Si quis ei, cum quo contraxit confidens enormiter in contractu læsus fuerit, non possumus inficiari aduersarium mala fide eum decepisse, & proindè eum dolo non carere, & ideò ei, qui lęsus fuit, proculdubio subueniendum erit, *l. 5. & l. si voluntate 8. & l. dolus 10. C. de rescind. vend.*

13 Cum autem ex alijs rei valorẽ intelligere curamus, solemus eos consulere, quorum fides, & peritia nota nobis sit, & proindè cum valorem rei ex eorum opinione intelligimus, certam existimamus eius habere notitiã, existimamus inquam, quia licet media, quibus eam consequimur, nos fallere possint, certissimè tamẽ credimus nos ab eis nõ falli, quapropter is, qui ex amicorũ sententia rei valorem intellexit, dum læsus fuit, certam credidit sese habere notitiam valoris eius, proindè pro explorato habuit fieri non posse, vt adesset læsio enormis in contractu, & per consequens, quò ad rem nostrã, idem est, quod ipse per se valorem rei intellexerit, vel opera aliorum.

14 Agamus nunc de eo, qui imperitia, vel negligẽtia lapsus fuit. Et quod pertinet ad eum, qui imperitus est, non est dubitandum, eum non putauisse, se decipi potuisse in valore rei æstimando, nam imperiti tenacissimè suis inhærent opinionibus, vt experientia ostendit.

15 Idem dicendum est de illis, quos negligentia in iacturam duxit, nam hoc genus hominum credulũ est: postquam enim modicam adhibuit diligentiam, credit se nihil ex ijs pręterijsse, quæ facere oportebat, & ideò cum ex opinione eius, qui læsus fuit, tota hæc res pendeat, non est differentia inter viros diligẽtes, & eos, qui negligentes sunt, cum, vt quis credat fieri non posse, vt in valore rei æstimando decipiatur, nihil referat diligenter in rerum cõditione inuestiganda eum fuisse versatum, re vera, vel secundum suam opinionem.

16 Hæc omnia plurimum roboris accipiunt ex eo, quod legitur *in l. final. §. item quæsitum est, de cond. indeb.* vbi clausula *nullam controuersiam super contractu amplius nõ esse futuram*, non excludit repetitionem indebiti, quia a partibus ignorabatur aliquid indebitè fuisse solutum: nam negari non potest potuisse eos existimare aliquid indebitè fuisse solutũ eo modo, quo contendunt eum, de quo agimus, de læsione potuisse cogitare; quod si ita est, nulla causa est, cur secus esse dicamus in quæstione nostra, cum nulla idonea diuersitatis ratio adferri possit.

17 Idem iuris esse existimo, si quis dixerit *se donare id, quod pluris res valet, etiamsi longè pluris valuerit:* quia hæc clausula donandi gratia posita non fuit; neque enim vlla donandi causa erat, sed ex abundanti, & ideò nihil nocere potest, vbi enormis, vel enormissima læsio adfuit, quia ea omnia, quæ contra renunciationẽ disputauimus, contra hanc clausulam vrgent, atque ita sentit Arius Pinellus *de rescind. vend. par. 2. c. 2. num. 22.*

18 Nunc tractemus de eo, qui rei valorem sciens, renunciat beneficio, de quo agimus: cumque de eo sit sermo, qui rerum suarum administrationem habet, non est dubitandum renunciationem valere, quia iuri pro se introducto cuilibet renũciare licet, *l. penult. C. de pact.* & ideò nihil est, quod possit tractari, præterquam, an per restitutionem in integrũ ei, qui renunciauit sit subueniendum.

19 Cum autem extent casus aliqui, in quibus beneficium restitutionis proditum est, de ijs speciebus nõ tractabo, quæ ex legibus sunt diffinitæ, sed solum agam de eo, qui necessitate vrgente, vel vt rebus suis, aut amicorum consuleret, tantam subijt iacturam, cum alia melior ratio id faciendi ei non suppeteret: nam si quis vt cõsuleret suis cupiditatibus, prodigorum more, in hanc incidit iacturam, omni indignus est auxilio. In hac specie ei succurrendum esse existimo ex clausula in edicto Prætoris posita. *Itẽ si qua iusta alia causa videbitur in integrũ restituã, l. 1. ff. ex quibus caus. maior.* huius enim clausulæ ea vis est, vt quando æquitas restitutionem suggerit, restitutio concedatur, etiamsi nulla lex extet, quæ tunc restitutionem concedat, *l. sed etsi 26. §. quoties, ff. ex quibus caus. maior.* neque enim dubitari potest æquitatem non pati, vt sine auxilio maneat is, de quo agimus, sine auxilio inquam, neque enim admittimus ei licere rem condicere, sed solum dicimus ei subueniri oportere, prout æquius, meliusvè videbitur, atque ita obseruari in Senatu Sabaudiæ testatur Ant. Faber *de erroribus pragmatic. decad. 7. error. 8. nu. 2.* licet ipse hanc opinionem impugnet, ex eo, quòd non extet lex, quæ hanc concedat restitutionem, quod non nocet, quia clausula, *si qua iusta causa videbitur*, in edicto Prætoris posita, satis est, vbi æquitas suadet restitutionem dari, si credimus I.C. *in d. l. sed & si 26. §. quoties, ff. quibus ex causis maior*, ideò nunquid ęquitas restitutionem tunc concedi suadeat videamus.

20 Negat Faber, quia aliàs nõ fuisset necessaria cõstitutio, qua fuit introductum, vt læsus vltra dimidiam iusti pretij agere posset, ei enim restitutionis beneficium iacturam omnẽ ademisset. Respondeo restitutionis beneficium incertum esse, *l. si Titius 49. vers. sed ita demum, ff. de fideiuss.* at constitutionis beneficium certum est, & ideò opportuna fuit constitutio, vt eis subueniretur, qui restitutionem

non erant

non erant ob teututi, neque enim nos omnibus paſſim reſtitutionem dandam eſſe admittimus, ſed ijs ſolum, qui ſine culpa tantam paſſi fuerunt iacturam, quia æquitas, ex qua reſtitutio pendet, his tantum ſuffragatur.

21 Addit inſuper Faber eum, de quo agimus, ſi per 30. annos ſiluerit, actione cadere, *l. ſicut, l. omnes, C. de præſcript. 30. vel 40. annorum.* Ergo idem eſt dicendum, cum huic actioni ſcienter renunciauit; quia aliàs ſequeretur plus renunciationem poſſe, quæ eſt tacita, quàm ea, quæ eſt expreſſa: præſcriptio enim tacita cuiuſdam renunciationis iure cenſetur.

22 Reſpondeo tanti temporis curſum maximam vim obtinere, ita vt non ſexus fragilitas, non abſentia, nō militia allegari poſſint, *vt in d. l. ſicut, verſ. nō ſexus,* & ideò nullum incommodum eſt, eum plus valere quam renunciationē ſui iuris expreſsè factā.

23 Hæc autem, an habeant locum, cum renunciatio iure iurando fuit vallata, videamus. Et cum agimus de ea ſpecie, in qua diximus renunciationem non nocere, quia is, qui læſus fuit, læſionem ignorabat, exploratum eſt iuramentum diuerſum ius non introducere, quia defectus conſenſus, qui vim renunciationis adimit, iuramentum infringit, conſtat enim vim, & poteſtatem iuramenti ex iurantis conſenſu pendere, vt oſtendi ſuprà c. 5. nu. 3.

24 Quod ſi agamus de ea ſpecie, in qua renunciatio ope reſtitutionis in integrum reſcinditur, rem ſic eſſe diffiniendam puto. Iuramentum, cum non vergat in diſpendium ſalutis æternæ, nec in præiudicium tertij, erit obſeruandum, & ideò non erit audiendus, qui iurauit, ſi aduerſus illud venerit: aliud tamen obſeruat Senatus Sabaudiæ, teſte Antonio Fabro *decade 7. error. 8. num. 2. & 3.*

Remedium l. 2. C. de reſcindenda venditione, *an competat ei, qui contractum iureiurando firmauit. Cap. XL.*

1 VAriæ ſunt, ac diuerſæ noſtrorum opiniones, nunquid remedium *l. 2. C. de reſcind. vendit. competat ei, qui contractum iuramento firmauit.* vide DD. in explicatione *c. cum contingat, de iur. iur. & in d. l. 2.* vbi præcipuè Cagnol. & Pinell. vide etiam Couar. *de pact. p. 3. §. 4.* D. Facbin. *lib. 2. c. 17.* Io. Gutierez *de iuramento, p. 1. c. 26.*

2 Ego omiſſis aliorum opinionibus, ſic rem diffiniendam eſſe exiſtimo; quod quis viliori pretio res ſuas vendat, triplici ex cauſa accidere poteſt. Prima, quòd velit donare emptori, id quod deeſt iuſto pretio. Secunda, quòd rei pretium ignoret. Tertia, quòd exiſtimat magis ſibi expedire, pretium etiam ſi leue, & vile ſit, habere, quam ipſam rem.

3 Primò caſu, quando vili pretio vendit, vt quod deeſt ad complendum iuſtum pretium donet, iuxta *l. ſi quis donationis 38. ff. de contrah. empt.* Nemo vtique affirmabit licere venditori aduerſus contractum, neglecto iuramento, venire.

4 Secundò verò caſu quando quis ignorat rei pretium, etiam ſi iurauerit contractum obſeruare, non dubito, eum remedio *l. 2. C. de reſcind. vend.* vti poſſe, cum enim errauerit in cauſa finali, quia credebat venditionem tantam non continere læſionem, error huiuſmodi aufert conſenſum reſpectu læſionis magnæ, iuxta tex. *in l. 15. de iuriſ. omn. iud.* ergo iuramentum non impedit eum, ſtante læſione vltra dimidiam iuſti pretij, agere. Iuramentum enim a cōſenſu iurantis determinationem accipit, vt omnes fatentur, & ſcripſi ſuprà c. 5. nu. 3.

5 Nec dicatur, ſtante iuramento, præſumendum eſſe, ſaltem in genere eū cogitauiſſe de remedio d. l. 2. quia id nego, iuramentum enim a conſenſu iurantis regulatur, non conſenſus a iuramento; & quia non præſumitur quiſque res ſuas iactare, & profligare.

6 Tertiò caſu quando quis vendit rem viliori pretio ſcienter, quia putat vtilius ſibi eſſe pretium, etiā ſi modicum quàm rem ipſam habere, & tunc ſi re vera vtilius ei fuit habuiſſe pretium, quam rem, nulla, vt mihi videtur, ratio patitur, licere ei a iuramēto recedere, impugnando contractum, qui ſibi vtilis, ac proficuus fuit.

7 Si verò opinio eum ſefellit, quia re vera vtilius fuiſſet rem non diſtraxiſſe, idem dicēdum eſt, nam cum promittit iure iurando, ſe ſe obſeruaturum eſſe contractum pretio vili factum, vtique remittit facultatem petendi id, quod deeſt iuſto pretio; pugnant enim ſimul, quem velle obſeruare contractum vili pretio factum, & velle habere facultatem petendi id, quod iuſto pretio deeſt; igitur non debet ei amplius dari huiuſmodi facultas; renunciantibus enim iura ſua, ad ea amplius non datur regreſſus, *l. quæritur 14. §. ſi venditor de ædilit. edicto.*

8 At dices eum erraviſſe circa cauſam, non enim promiſiſſet obſeruare contractum, ſi non credidiſſet ſibi magis proficuum fore habere pretium, quā rem; ſed facilis eſt reſponſio, eum promiſiſſe obſeruatiam contractus, quia volebat pretium, ideò autem volebat pretium, quia id ſibi expedire exiſtimabat; itaque non eſt error circa cauſam promiſſionis obſeruantiæ, quia pretium habuit, ſed error accidit circa cauſam, propter quam pretium habere volebat, quod venditori nocere non debet, ſicut non nocet, quando quis, vt fundum emat merces diſtrahit, nam etiam ſi ex pretio fundum deindè emere non potuerit, mercis venditio nō reuocatur, vide Bart. *in l. ſi per errorem, num. 1. verſ. tu dic, ff. de iuriſd. omn. iud.*

9 At dices iniquum eſſe, emptorem rem viliſſimo pretio acquiſitam penes ſe habere; ſed ſi confideremus id fieri cum voluntate domini, nec dolo, nec vi, nec metu ad alienandum ſeducti, id iuſtè fieri, facilè admittemus, qua ratione noſtri frequentiſſimè tradunt remedium huius legis non competere ei, qui ſciens rei valorem viliſſimo pretio illam diſtraxit, vide Dec. *in conſ. 583. num. 1.* DD. *in d. l. 2.* vbi Cagnol. *num. 124.* Ant. Gabr. *lib. 3. tit. de empt. & vend. concl. 1. nu. 98.*

10 Neceſſitate vrgente aliquis dixerit rem alienauit. Magnam addis contractui qualitatem, quam tanti facio, vt a firmata concluſione recedam, vbi ea inciderit. Non enim Deus Optimus Maximus vult, iuramentum ſibi præſtitum in fauorem eius, qui proximum in neceſſitate conſtitutum, adeò vili pretio alienare rem ſuam coegit, firmum manere; traditum eſt enim, iuramentum non eſſe vinculum iniquitatis, *c. & ſi Chriſtus, de iur. iur.* hoc igitur caſu iu-

casu Iudex Ecclesiasticus coget emptorem relaxare iuramentum venditori, iuxta tex. *in c. 1 de iur. iur.*

Quo relaxato prædictæ legis remedium intentabit, eiusque virtute, nihil officiente iuramento, propter absolutionem plenariam, vel rem, vel iusti pretij supplementum consequetur.

11 Scientia autem valoris rei ex qualitate eius, qui vendidit erit consideranda, nec non ex qualitate rei venditæ.

Si enim venditor homo negligens sit in rebus agendis, vel imperitus, vel res eiusmodi sit, vt eius valorem difficulter cognoscere potuerit is, qui vendidit, cur non credamus eum verum rei valorem ignorauisse, cum experientia doceat, homines diligenter versari in rebus suis vendendis, quod etiam docet *l. 8. C. de rescind. vend.* Si verò callidus aliquis rerum æstimator, vel si quis diligens in rebus agendis rem distraxerit, cuius valorem facilè cognoscere potuerit, cur non credamus eum rei valorem plenè cognouisse, cum videamus viros prudentes, & diligentes, qui ad vendendum accedunt, non antea contractum perficere, quàm consuluerint amicos, & peritos, quid de rei valore sentiant? qua ratione reprehenditur *in l. quisquis, in fi. C. de rescin. vend.* is qui rei, quam alienauit valorem ignorasse causabatur.

12 Quod si ex probationibus factis clarè non appareat, venditorem sagacem, vel diligentem fuisse, vel rei valorem facilè potuisse cognosci, tunc eum, qui vendidit, rei valorem ignorauisse credendum est, & in his terminis accipi debet communis DD. opinio in dubio præsumendum esse, eum, qui vltra dimidiam læsus est, rei valorem ignorauisse, vide Alex. *cons. 1. n. 1 lib. 6.* Abb. *in c. penult. n. 4. de empt. & vendit.* Ant. Gabr. *com. conclus. lib. 3. tit. de empt. & vendit. conclus. 1. num. 103.*

Non enim est credendum, sine causa aliquem rem suam vilissimo pretio vendere, *l. cum de indebito, de probationibus*, cum homines fuerint semper, hodieque maximè sint rerum suarum diligentissimi conseruatores.

13 Neque iuramentum in proposito considerandum esse existimo, quia licet verum sit, homines temere, nec debere, nec consueuisse iurare, & ppea diligenter inspicere, quid sit, quod iuramēto confirmant; non tamen inde sequitur, ergo is, qui vendidit præsumitur rei valorē cognouisse. Nam ad eui tandam temerarij iuramenti notam, sufficit eum scire, quem actum celebrauerit, actumque esse talem, vt possit sine Dei offensione obseruari, sufficit denique, eum credere, venditionem talem esse, vt eam obseruari sibi expediat, ideò recedendum puto ab Excellentiss. D. Fachin. contrarium docente *lib. 2. c. 17. propè finem. vers. ad primum*, cuius fundamentum ex dictis sublatum puto.

14 Non obstat, præsumi quēlibet notas habere vires proprij patrimonij, gloss. *in c. ab excommunicato 4. litt. H. de rescrip.* quia falsa est huiusmodi opinio, vt in c. sequenti; quam tamen si retinere velis, facile responderi potest, dicendo cum Abb. *in c. penult. num. 4. de empt. & vendit.* cum Dec. *cons. 583. num. 1. propè finem*, huiusmodi præsumptionem cedere alteri præsumptioni longe fortiori, quod nemo res suas perdere, & iactare præsumatur.

Non autem scientiam valoris non qualibet sufficere, sed requiri perfectam, & certam scientiam, Rot. *par. 1. diuers. decis. 74. num. 2. in fine.*

An quis vires patrimonij sui scire præsumatur. Cap. XLI.

1 Cum quæritur, an præsumatur, quis scire vires sui patrimonij, mira est DD. varietas. Alij enim præsumendum esse asserunt, Gloss. *in Auth. sed cum testator, litt. K. C. ad l. Falcidiam*, quam ibi sequitur Butrigar. gloss. *in c. ab excommunicato litt. H. vbi* Io. Andreæ *de rescript.* Speculator *in tit. de rescind. vendit. num. 12.*

2 Secundò loco Speculator, & Odofred. referente Ioan. Fabr. *in §. in fraudem, quib. ex cau. man. ante num. 1.* distinguebant inter mercatores, & eos qui possessiones habent, in his præsumatur scientia, in illis nequaquam.

3 Tertia est opinio Bart. *in Auth. sed cum testator, nu. 5. C. ad l. Falc.* sic distinguentis, aut loquimur in actibus inter viuos, aut in vltima voluntate, in hac præsumitur quis id ignorare, inter viuos verò distinguendum est, aut bona de nouo peruenerunt, aut ab antiquo; si de nouo, præsumitur ignorantia; si de antiquo, aut sunt immobilia, & præsumitur scientia, aut mobilia, & tunc si sunt præsentia scire præsumitur, si absentia, ignorare creditur. Eandem probat distinctionem Sal. *ibi nu. 2. & in l. quisquis, nu. 4. C. de rescind. vendit.* Eandem probat vna particula excepta Ias. *in §. in fraudem, nu. 48. Inst. de act.*

4 Quartò Io. Fab. *in Auth. sed cum testator, C. ad. l. Falcidiam*, dicebat præsumendam esse scientiam, nisi homo supinus sit, vel bona de nouo peruenissent.

Quintò Castren. *in d. Auth. sed cum testator, nu. 3. in fine*, distinguebat inter actus in vltimis voluntatibus factos, & inter viuos, in illis ignorantiam, in his scientiam præsumit, quando bona fuerunt sua ab antiquo, alias secus.

5 Ego contra sentio, regulariter non esse præsumendum aliquem vires sui patrimonij notas habere, hoc est rei familiaris valorem plenè non scire; fundamentum est solidissimum, quia cum in patrimonio, sint res diuersæ, quarum valorem non intelligit quisque, sed eius artifices, tantum vel alij, qui circa huiusmodi res versantur, nulla ratione est dicendum, quemlibet patrimonij valorem plenè scire. Ædificiorum enim valorem nō quilibet cognoscit, sed Architecti, & Fabri Murarij, fundi quanti valeant, non benè intelligit nisi, qui naturam, & fertilitatem eius cognoscit, hoc autem ignorat, qui agrorum colēdorum rationem ignorat. Supellectilium, picturarumque nonne æstimatio ab artificibus cuiusque speciei petenda est? Cur igitur asserimus præsumendum esse quemlibet valoris patrimonij sui esse plenè cōscium? nulla vtique ratio id suadet, atque ita docuit Roffredus *de libellis par. 4. tit. de actione ciuili quanto minoris, num. 19.* cum quo transit Io. Andreæ *ad Specul. tit. de rescind. vendit. litt. G.* Port. *Inst. quibus manumit. licet, §. in fraudem, num. 4.* Pinellus *C. de rescind. vendit. par. 1. cap. 2. n num. 30.*

6 Aduersarij dicunt, exprobrari cuidam, quòd rei familiaris merita, & emolumenta non cognouerit *in l. quis-*

in l. quiſquis, C. de reſcind. vend. igitur quilibet præſumitur id ſcire, aliàs non eſſet dignus nota ille, qui hoc ignoraſſet.

Reſpondeo non cuique id exprobrari, ſed ei, qui cum quandam rem vendidiſſet, aſſerebat ſe ignoraſſe cuius valoris eſſet, & ideò reſcindi alienationem petebat, cũ enim quiſque, vel mediocriter rerum humanarum peritus, antequàm res ſuas diſtrahat, diligenter merita earum inquirat, meritò is, qui hoc omiſit, notatur, igitur non eſt trahendus ille tex. ad quemlibet patrem familias, qui de rerum ſuarum alienatione non cogitat, quæ fuit animaduerſio Portij *in §. in fraudẽ, nu. 3. in fi. Inſt. quibus manumit. licet, vel non*, in his enim nulla culpa eſt, pretia rerum ſuarum ignorando, qua ratione, ſi quis credens, ſe ſoluendo eſſe, cum verè non eſſet, manumiſerit ſeruum in fraudem, manumiſiſſe non dicitur, *§. in fraudẽ, Inſt. quib. manumittere licet, vel non, l. in fraudem la 1. ff. qui & a quibus*, ea ratione, quod ſæpe de ſuis facultatibus plus ſperẽt homines, quã in ipſis ſit, quæ excuſatio vbique non eſſet admittenda, maximè in fraudem creditorum, ſi præſumendum eſſet quemlibet conſcium eſſe valoris ſuarum facultatum, craſſa enim ignorantia eſſet, & ſupina, *l. regula, § ſed facti, de iur. & facti ignor.*

7 His firmatis aliorũ opiniones examinemus. Prima opinio affirmatiua nititur auctoritate *l. quiſquis C. de reſcind. vend.* & regula *c. ab excommunicato, de reſcriptis*, quod error in facto ſuo nõ ſit tolerabilis.

Quò ad tex. *in d. l. quiſquis*, ſatis reſponſum eſt num. 6. ex Portio, nec ab huiuſmodi ſolutione diſcedo; aliter reſpondet Roffred. ſuprà allegatus, & Salicet. *ibi num. 1. in fine*, & cum eius ſolutione concordat Pinell. *num. 31.*

Quò ad regulam *d. c. ab excommunicato*, dico nõ pertinere ad caſum noſtrum, aliud eſt enim ignorare factum proprium, aliud rerum ſuarum valorẽ, factum ſuum ignoraſſet, ſi earum pretium annotauiſſet, & huiuſmodi annotationem ſe feciſſe ignoraret.

8 Secunda opinio in ea parte, qua admittit in mercatoribus ignorantiam patrimonij, cum noſtra opinione concordat, dum verò ſecus eſſe aſſerit, in his, qui poſſeſſiones habent, ex ſupradictis falſitatis ſatis clarè arguitur.

Tertia opinio Bart. maximas patitur difficultates, in primis malè diſtinguit actus inter viuos, ab vltimis voluntatibus: nam plerumque vltimæ voluntates fiunt ab illis, qui non ſunt in articulo mortis conſtituti, propterea timor imminentis mortis, de quo *in l. hac conſultiſſima, §. at cum humana fragilitas, C. qui teſt. facere poſſint*, nõ habet locum in omnibus teſtantibus, igitur non erat, cur propter huiuſmodi timorem ſepararet actus inter viuos, ab actibus in vltima voluntate.

9 Non rectè etiam diſtinguit bona de nouo acquiſita, a bonis multo tempore poſſeſſis, cum enim plerumque titulo oneroſo acquiramus, facilius eſt in his ſcire valorem, quàm in illis, quæ lungo tempore poſſedimus, valor enim rerum ſæpius immutatur, & non ſolent (vt dicebam) homines rerum, quas alienare nolunt pretium, & valorem inquirere.

Opiniones Io. Fabri, & Pauli Caſtrenſis, ex ſuprà dictis confutantur.

Maneat igitur firma concluſiõ negatiua, quam locum habere exiſtimo, etiam ſi adſit in ciuitate liber, qui Extimũ, ſeu Cataſtrum ſolet appellari, quia ex his plerumque verus valor non cognoſcitur, & ideò ſecus eſſet ſi explicaretur in eo valor cuiuſlibet rei, & ita intelligitur opinio Aretin. *in d. §. in fraudem, Inſtit. quibus ex cauſis manumittere licet, vel non.*

Is, qui læſus fuit in contractu vltra dimidiam iuſti pretij, quemadmodum libellum concipere debeat. Cap. XLII.

1 Licet iure naturæ prohibeamur nos adinuicem in contrahendo decipere, vt ſupra luculenter oſtendimus c. 33. ſi tamen id factum fuerit, contractus non erit inualidus, quia conſenſus eorum, qui contrahunt non deficit, aut aliquid ex illis, quæ ad contractum perficiendum deſiderantur: qua de cauſa S. Pontifex Alex. III. reuocauit ſententiam cuiuſdam, qui nullam eſſe pronunciauerat venditionem, quæ læſionem vltra dimidium iuſti pretij cõtinebat, *vt in c. 3. de empt. & vendit.* atque ita concorditer noſtri interpretes ſentiunt.

2 Non licebit ergo ei, qui fuit deceptus præciſè poſtulare rem ſibi reſtitui, quia ei, qui dominus eſt res auferri nequit, & quia non poteſt contractus, qui duorum conſenſu perfectus fuit, vnius voluntate deſtrui, vide *l. 3. & 7. C. de reſcind. vend. l. ſicut initio 5. C. de act. & obligat.* & hoc ipſum diſertè decidit S. Pontifex *in c. 3. de empt. & vendi.* & ante eũ, id dixerunt Diocletianus, & Maximianus Impp. *in l. 2. & in l. ſi voluntate, in fin. C. de reſcind. vendit.* & poſt eum Innocent. III. *in cap. cauſam quæ, de empt. & vendit.*

3 Hoc tamen fallit, cum agitur de venditione facta medico, cui valetudinem ſuam venditor commiſit, quia tunc licet ei, qui vendidit præciſè rem petere, *l. medicus, de var. & extraord. cognitionibus.*

4 Non erit ergo permiſſum ei, qui læſus fuit, etiã ſi læſio enormiſſima ſit, reſtitutionem in integrum aduerſus contractum petere, quia, qui reſtitutionẽ petit, poſtulat ſe in eum ſtatum reſtitui, in quo erat antequam contractus fieret, & proinde præciſè petit rem a ſe alienatam ſibi reddi, vide tex. *in l. quod ſi minor 25. § reſtitutio, ff. de minor.* atque ita rectiſſimè ſcribit Faber *de error. pragmaticorum, decad. 7. error. 7.*

5 Non erit etiam permittendum ei, qui læſus fuit agere ex *c. redintegranda 3. quæſt. 1.* quia in huiuſmodi iudicio actor petit poſſeſſionem, qua iniuſtè ſpoliatus fuit, ſibi reſtitui, atque ita rectiſſimè ſcribit idem Faber *d. decad. 7. error. 10.* qui inſuper optimè monet, non eſſe diſtinguendum inter læſionem enormem, & enormiſſimam: nam dolus, qui ex immodica læſione deducitur, nunquam poteſt eſſe ſatis, vt reddat nullum contractum, *l. & eleganter 7. ff. de dol.* quod vbi deeſt, fieri non poteſt, vt quis aſſerere poſſit, ſeſe iniuſtè carere poſſeſſione rei, quã ſciens volenſque in alium tranſtulit ex contractu valido, & ideò non poteſt negari aduerſario eius licere rem retinere, ſi ſupplere velit id, quod deeſt iuſto pretio, iuxta *l. 2. & l. ſi voluntate, in fine, C. de reſcind. c. dilecti, & cap. cauſam quæ, de empt. & vendit.*

Non

6 Non potest etiam is, qui circumuentus fuit præcisè petere, vt aduersarius suus cogatur supplere id, quod iusto pretio deest, quia iniquum esset eum, qui rem acquisiuit, cogi eam ampliori pretio habere, quàm velit; quid si enim ipse maiori pretio non erat rem comparaturus? vide tex. *in d. l. 2. C. de rescind. vend. in l. 3. & in c. cum causa, de empt. & vend.*

7 Hoc tamen intelligendum est, nisi conuenerit, vt si læsio adfuerit iustum pretium suppleatur, quia hæc conuentio iustissima est, & proindè erit obseruanda, atque ita docuerunt Aret. & Alexan. *ad l. si quis cum aliter, ff. de verb. oblig.* quibus aduersantur frustra Ias. *in l. 2. num. 143. C. de iur. emph.* Cagnol. *in hac l. 2. num.* 168. D. Fachin. *lib. 2. cap.* 20. eorum enim fundamentum ex dictis sublatum est.

8 Quomodò igitur actoris petitio erit concipienda? Respondeo eum postulare debere, vt aduersarius contractum ad æqualitatem redigat, etsi id nolit facere, petat, vt contractus dissoluatur: debet principaliter petere contractum ad æqualitatem redigi, quia contractus nullum aliud vitium continet, cumque æquitas non patiatur aduersarium, qui non erat alia conditione contracturus, supplere iustum pretium; propterea addendum est in libello, vt si ipse velit contractum rescindere, id ei liceat: sic autem concipi debere petitionē actoris, argumēto est *l. 2. C. de rescind. vend. c. dilecti, & c. cum causam, de empt. & vend.* quorum locorum auctoritate sic nostri DD. in eorum commentarijs, & alibi scripserunt communiter.

9 Et ex his intelligimus, quid sit illud, quod est in obligatione, cum contractus immodicam continet læsionem, vt scilicet is, qui plus ex cōtractu habuit, quam iustitia patiatur, id restituat ei, cum quo contraxit, aliud tamen multi, & perperam sentiunt, vide Arium Pinellum *in hac l. par. 3. c. 3.* Morla *in Emporio, par. 1. tit. de contrah. empt. quæst.* 22. D. Fach. *lib. 2. c. 18. col. 2.*

10 Quoniam verò in comertijs, quæ in hac disputatione sese offerrunt, variè inæqualitas se habet, ideò vtile erit distinctè de illis agere.

Quod si agatur de venditore, qui læsus fuit, in promptu est modus, quo agere debet, vt petat ab aduersario id, quod deest iusto pretio, & si nolit id præstare, contractus rescindatur, oblato eo pretio, quod accepit, *l. 2. C. de rescind. vend. c. dilecti, c. cum causam, de empt. & vend.*

11 Cumque datio in solutum venditioni similis sit, & æstimatio rei dotalis venditionis vim obtineat, *l. si prædium, C. de euict. l. plerumque* 10. *§. si ante, ff. de iur. dot.* idem in his erit obseruandum.

12 Si verò de locatore, qui læsus fuit sermo sit, sic concipi debet actoris postulatio, vt petat ab aduersario id, quod deest iustæ rei locatæ pensioni, quod si nolit hoc facere, petat eum è re conducta expelli, offerendo id, quod ab eo accepit mercedis nomine, eo tamen dempto, quod sibi debetur pro eo tempore, quo domum habitauit.

13 Quod si agri, vineę, aut rei fructiferæ locatio fuerit facta, non temporis ratio, sed fructuum haberi debebit, vt sciamus, quid actor ex mercede, quam habuit, offerre debeat, quia propter fructus merce-
14 dem soluit. Emptor autem læsus, quia pluris emit, quàm res valeat, petit eam partem pretij sibi restitui, quæ valorē rei excedit; & si venditor noluerit id restituere, petat contractum rescindi: idem, si læsus quis fuerit in conductione, obseruabitur, & in eo, qui rem in solutum accepit, nec non in marito, qui in æstimatione rei dotalis fuit læsus.

15 De emphiteusi, quæ locationi similis est, nunc
tractemus, quoniam verò pretium eius aliquando
consistit in annua pensione, quandoque in pecunia,
quæ tēpore contractus domino directo soluitur, in-
terdum in vtroque, non eodem modo agere domi-
16 nus directus debebit; si pretium in annua mercede
consistat, postulare debet eam augeri secūdum mo-
dum, quo rei æstimatio desiderabat eo tempore,
quo contractus fuit factus, quod si id facere nolit, pe-
17 tat aduersarium cogi rem reddere. Econtra, si acce
pta aliqua pecuniarum summa dominus futuri tem
poris canonem exiguum constituerit, non debebit
postulare, vt pēsio annua augeatur, quia ipsum em-
phiteuta pretij mercedisque vice non soluit, sed in
recognitionem dominij.

18 Postulabit igitur, vt aduersarius pecuniæ ab initio contractus traditæ, eam addat quantitatem, quam rei valor, tunc temporis desiderabat, quod si id facere noluerit, oblato eo, quod accepit postulet rem restitui.

19 Quòd si ab initio contractus pecuniarum summa aliqua fuerit tradita, pensioque annua non exigua constituta, cum in vtraque pretium rei fuerit constitutum, postulabit vtrique per aduersarium addi, quod deest iusto rei pretio secundum tempus facti contractus.

20 Sed quid si res fuit data in emphiteusim, non accepta vlla pecuniarum summa initi contractus tempore, exiguoque canone annuo constituto; quomodò agendum erit? dubitatio oritur ex eo, quòd cum partes nullum constituerint rei pretium, non potest facilè deliberari, quid actor debeat postulare. Hac in re sic distinguendum esse reor, aut modus certus rei emphiteuticæ colendæ, & vt nostri loquuntur, meliorandæ, fuit constitutus, aut res fuit data simpliciter.

21 Si primo modo res se habeat, quia tunc rei pretium in obligatione rei colendæ consistit, dominus sic agere debebit, vt reus pecuniæ, quam in re meliorandà impēdere promisit, eam summam addat, quam eius qualitas tempore initi contractus desiderabat, quòd si id facere recusauerit, oblato eo, quod in re colenda expendit, petat rescindi contractum.

22 Cum autem, altero modo res tradita fuit, nihil est, quod pretij locum vicesque teneat, & ideò non poterit aliud actor postulare, quam vt reus id sibi præstet, quod rei valor tempore initi contractus postulabat, quod deindè iudex pro sua religione determinabit, secundum id, quod de qualitatè rei emphiteuticæ apparebit: hæc cum dominus directus læsus fuit, cum verò emphiteutam lædi contigerit, postulare debet diminui pensionem, onusvè rei meliorandæ, si in ipsis consistat pretium, sin secus sibi restitui petat id, quod amplius in initio cōtractus tradidit.

23 Tractemus nunc de permutatione, in illa autem læsio in eo consistit, quòd rerum permutatarum aliqua pluris est, quam altera sit, quod vbi accidit, cū

soleant

ſoleant plerunque homines pecunia rem ad æqualitatem redigere, optimè facturus eſt actor, qui læſus fuit, ſi poſtulauerit ſibi eam pecuniarum ſummam tradi, quæ ſecundum æſtimationem rei tempore initi contractus ſibi debetur, & ita docuerunt Dec. *conſ.* 210. Franciſcus Stefanus *deciſ.* 61.

24 Ad diuiſionem nunc accedamus, circa quā duæ ſunt noſtrorum ſententię, alij enim affirmant actorem petere debere, vt ex rebus communibus ſibi tantum detur, quantum neceſſarium eſt, vt diuiſio ad æqualitatem redigatur, & hæc eſt communis ſententia.

25 Altera verò ſententia docet debere actorem petere ſibi in pecunia ſuppleri, quod neceſſe eſt ad cōſtituendam æqualem diuiſionem, quod ſi reus id facere nolit, vt res iterum diuidantur, quam ſententiam defendit Anto. Faber *de erroribus pragmatic. decad.* 8. *error.* 3.

26 Nulla ex his ſententijs mihi placet, cum enim certi iuris ſit, eum, qui in diuiſione læſus fuit, nihil aliud petere poſſe, quam id, quod ſibi debebatur eo tempore, quo diuiſio fuit facta, certum quoque erit non poſſe nos certam conſtituere regulam, quid ipſe petere debeat, cum in diuiſionibus non ſemper æquales fiant rerum diuiſarum partes, vide *l.* 7. *in princ. &* §. 1. *verſ. dum de vſufructu, l. iudicem* 20. *ff. com. vtriuſque iud. l. ſi familiæ* 16. *ff. famil. erciſcund. l.* 3. *C. com. diuid.* §. *ſi familia, &* §. *ſeq. Inſt. de off. iudic.*

27 Rem clarius exponam, difficilis eſt interdum cōſtituere in re communi æquales partis, quandoque etiam rem æqualiter diuidere non expedit, & ideò is, qui rerum diuiſioni præeſt, inæquales partes cōſtituit, iubendo ei, qui plus habet, vt alteri, qui minus habuit ſuppleat id, quod ei deeſt in pecunia, vel alia ratione, vt conſtat ex legibus allegatis: ergo nō poſſumus præſcribere, quidnam is, qui agit præciſè poſtulare debeat, cum incerti ſimus, quid tempore factæ diuiſionis ei deberetur.

28 Narrabit ergo ille, qui læſionem ſenſit, inæqualiter diuiſionem factā fuiſſe, poſtulando, vt id, quod perperam geſtum fuit, corrigatur, qui modus optimus eſt, & tutiſſimus.

29 Optimus eſt, quia clarè colligitur *ex l.* 3. *C. com. vtriuſque iud.* ibi enim, cum tractaretur de eo, qui læſus fuerat in diuiſione, dicitur Pręſidem id, quod perperam geſtum fuit corrigere debere, nō expreſſo modo, quo id fiat: ergo rectè ſe habet petitio eius, qui læſus fuit, ſi poſtulauerit id, quod in diuiſione perperam fuit factum emendari, non exprimendo modum, quo id fieri debeat, cum eius æſtimatio ad iudicem pertineat, non ad actorem.

30 Tutiſſimus modus eſt duplici ratione. Primò, quia ſi actor præciſè aliquid poſtulauerit, non obtinebit, ſi iudici videbitur, non id, quod poſtulauit, ſed aliud ei deberi, vt diuiſio perperam facta corrigatur. Secundò, quia certum eſt, eum, qui congruè factum narrauit poſſe generaliter concludere, vt ſibi ius, & iuſtitia miniſtretur, Iaſ. §. *omnium, Inſtitut. de act.* DD. *in l. petens, C. de pact. & alibi ſæpè*, & ideò, qui prædicto modo libellum concipit, omninò tutus eſt, ſiue iudex putauerit pecunia inæqualitatem emendari debere, ſiue alia ratione.

It, qui in contractu immodicè læſus fuit, an aduerſus tertium poſſeſſorem agere poſſit. Cap. XLIII.

1 CVm quæritur, an is, qui læſus fuit in contractu, aduerſus tertium poſſeſſorem agere poſſit, variè a noſtris explicatur, quòd ſi mala fide res fuerit diſtracta, conſentiens videtur noſtrorum ſententia tertium poſſeſſorem fraudis participem conueniri poſſe, quod ſi bona fide eam comparauerit, nonnulla controuerſia eſt: aliqui enim indiſtinctè id negāt: alij verò id admittunt, ſi titulo lucratiuo rem acquiſiuerit, & is, qui læſit non ſit ſoluendo, vide auctores allegatos per Tiraq. *ad l. ſi vnquam, in verbo reuertatur, nu.* 329. Couar. *lib.* 2. *c.* 3. *num.* 10. Pinell. *par.* 2. *c.* 1. *num.* 32. D. Fachin. *lib.* 2. *c.* 18. Ant. Fab. *decade* 7. *error.* 3.

2 Pendet hæc dubitatio ex vi, & poteſtate actionis, qua vtitur is, qui læſus fuit, ſi enim perſonalis ſit, euidens erit eam aduerſus poſſeſſorem non porrigi, ſi verò in rem ſit, non erit cur dubitetur, an tertius poſſeſſor poſſit conueniri, §. *omnium, Inſt. de act. l. actionum* 24. *ff. de act. & oblig. l.* 1. §. *hæret. ff. ad Trebell. l. dolus, C. de reſcind. vend. l. æris, C. de donat.*

3 Hanc autem actionem perſonalem eſſe, non eſt dubitandum, ſiue dicamus eam ex vi ipſius contractus oriri, vt verè oritur, quia natura contractuum, in quibus hincinde aliquid datur, non permittit aliquem plus accipere, quam dederit, vt exponit Ariſt. *lib.* 5. *Ethic. c.* 4. & ita etiam DD. noſtri docent communiter, cum quibus ſentit D. Fachin. *lib.* 12. *controu. c.* 31. ſiue cōpetat condictio ex lege, oriens ex *l.* 2. *C. de reſcind. vend.* vt contendit Pinellus *ibi cap.* 1. *num.* 26. quia nihil in hac lege habetur, ex quo colligi poſſit eam realem actionem eſſe, vel actionis realis vim habere, immò non obſcurè inſinuat eam perſonalem eſſe, cum non permittat actori rem præciſe petere, ſed ita demum, ſi nolit reus præſtare id, quod iuſto pretio defuit, actiones enim realis primò, & principaliter rei perſecutionem continent, *d. l. actionum* 24. *ff. de act. & oblig. & d.* §. *omnium, Inſt. de act.*

4 Quodque hæc actio, nec realis ſit, nec vim realis habeat, indè apertiſſimè colligitur, qđ a noſtris frequentiſſimis ſuffragijs traditur, hanc actionem nō competere aduerſus eum, qui bona fide, & iuſto pretio rem comparauit, nouum eſt enim, & inaudi tum, actionem in rem excludi ex bona fide poſſeſſoris, & ex titulo oneroſo quo quis rem acquiſiuit, vide tex. *in d.* §. *omnium, & in d. l. actionum*, & eſt exploratiſſimum.

5 Puto igitur tertium poſſeſſorem conueniri hac actione non poſſe, ſiue ſoluendo ſit is, qui in cōtractu læſit, ſiue non ſit, ſiue tem titulo oneroſo acqui ſiuerit, ſiue lucratiuo: nam impoſſibile eſt, vt actio, quæ perſonam eius, qui obligatus eſt, tantummodò aſtringit, cōtra eum exerceri poſſit, qui eius hæres, aut ſucceſſor vniuerſalis non eſt, quia is, qui hac actione vtitur, ſemper narrat, eum aduerſus quem agit, ſibi obligatum eſſe, vt conſtat ex legibus mox laudatis, & admittunt Doct. vno ore.

6 Huiuſmodique diſtinctionem commentitiam eſſe hoc dilemate euinco, aut eius auctores illam deducunt ex vi, & natura actionis perſonalis, aut ex iure ali-

iure aliquo singulariter in hac materia constituto. Primum non est dicendum, quia in omnibus personalibus actionibus idem obseruandum esset, quod tamen nec iura nostra, nec DD. admittunt. Alterum quoque dici non potest, cum ius aliquod singulare in hac materia non inueniatur.

7 Aduersus hanc sententiam affertur primò tex. *in l. in causa 14. §. 1. ff. de minor.* dum docet minori interdum competere beneficium restitutionis aduersus possessorem rei a se alienatæ, sed hoc argumentum vitro fragilius est, quia agit de restitutione in integrum, quam aduersus eum, qui alium in comertio læsit non competere, nisi dolus metusvè adfuerit, iuris est apertissimi, vt docui c. antecedenti nu. 4.

8 Adducitur secundo loco tex. *in l. alienatio 67. ff. de contrah. empt.* dum ait, *Alienatio cum fit cum sua causa ad alium dominium transferrimus quo esset futura, si apud nos ea res mansisset.* Hinc enim colligũt, vt sicut ei, qui fuit læsus, licebat agere, cum res extabat penes debitorem, ita ei debet permitti, cũ apud alium reperitur.

9 Respondet optimè Ant. Fab. *loco mox laudato, num. 12.* in hoc tex. intelligi de ea causa, quę rem afficiat, & oriatur ex iure, quod quis habet in rem, alioquin dicendum erit posse omnem actionem personalem exerceri aduersus possessorem, quoniã cum res erat penes debitorem, in ea causa erat, vt in executionem iudicati capi posset, quo nihil falsius.

10 Rem clarius exponam, quem habere ius ad rem dupliciter accidere potest, per se, & per accidens. Per se tunc ius habemus ad rem, cum actio suaptè natura dirigitur contra rem. Per accidens verò cum reo non parente, rei iudicatæ, eius bona capiuntur, vt ex illis satisfaciat actori, *iuxta l. a Diuo Pio, ff. de except. rei iud.*

11 Cum per se ius, quod habemus rem tangit, non est necesse vt is, quem conuenimus sit obligatus, sed satis est, vt rem possideat, *§. omnium, Inst. de act.* cum verò in executionem rei iudicatæ res capi possunt, necesse est, vt extet actio, quę rem iudicatam parere valeat, quod non accidit, cum res extat penes eum, qui non est hæres eius, qui obligatione personali tenebatur.

Non potest ergo trahi tex. prædictus ad rem nostram, dum ait rem penes possessorem manere cum sua causa, quia ei, qui læsus fuit non competit ius in re, nisi per accidens, & in subsidiũ, si emptor noluerit supplere pretium, quod eum supplere res iudicata iubet, *l. 2. C. de rescind. c. 3. c. cum causam, de empt. & vend.*

12 Tertiò adfertur vulgata regula, Resoluto iure datoris resoluitur quoque ius acceptoris, *l. lex vecti*
13 *gali, ff. de pignor.* sed frustra, quia hoc procedit in eo iure, quod quis plenè, & per se non acquirit, sed ab alio ita habet, & agnoscit, vt ius ipsius ab alterius iure dependeat, & ita loquitur tex. *in d. l. lex vectigali, de* quo re infrà latius cap. 45. nu. 15. & ideò non pertinet ad rem nostram, quia emptor plenum ius in re habet.

14 Hæc autem, an habeant locum, cum quis sciens se non esse soluendo, fraudandi creditoris gratia rem distraxerit, videamus: quod pertinet ad actionem, de qua agimus, exploratum est eam non competere, quia actio personalis non potest dirigi aduersus eum, in quem debitor rem alienauit, etiam si fraudis particeps fuerit, alioquin fuisset opus edictum de his, quæ in fraudem creditorum gesta fuerunt, cum tamen l. C. *in l. 1. ff. quæ in fraud. cred.* affirmet illud a Prætore necessariò fuisse factum.

15 Agendum erit ergo ex edicto huiusmodi, & secundum eius vim tota hæc res erit determinanda, quod te scire plurimùm refert, cum longum latumque sit discrimen inter hoc remedium, & illud, quo vtuntur illi, qui in contractibus læsi fuerunt, vt ex tit. quæ in fraudem creditorum facilè erit intelligere.

Is, qui læsus fuit vltra dimidiam in contractu, perempta re, an agere possit aduersus eum, a quo fuit læsus. Cap. XLIIII.

1 RE sine culpa emptoris perempta, an possit cõueniri a venditore læso vltra dimidiam iusti pretij, ambigui iuris est, alij enim affirmant, alij negant, vide DD. *in l. 2. C. de rescin. vend.* vbi Cagnol. *num. 15.* Pinell. *2. par. c. 1. num. 36.* Couar. *lib. 2. c. 4. circa finem.* Ant. Gomez. *tit. de contract. c. 2. num. 22.* D. Fachin. *lib. 2. c. 18.*

2 Affirmantium opinionem probo, quia, cũ actio, de qua agimus, personalis sit, vt probaui in c. antecedenti, & admittunt DD. communiter, non est quærendum, an reus rem habeat, sed an obligatus sit, *§. omnium, Instit. de act. l. actionum 24. ff. de act. & oblig.* cumque venditor rei agat contra emptorem, vt soluat pretium rei emptæ etiam si res perierit, dummodò sine sua culpa perierit, vt in titulo de periculo, & commodo rei venditæ, cur hoc in casu non poterit petere, id quod iusto pretio defuit, cum nihil referat ex vi conuentionis, vel legis auctoritate rei suæ pretium postulare?

3 Insuper venditor non potest petere sibi suppleri illud pretium quod post contractum creuit, *l. si voluntate, in fine, ff. de rescin. vend.* quia commodo emptoris cedit, conuenit igitur ad eum quoque damnum pertinere, si res perempta fuerit, nam secundum naturam est, commoda cuiusque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda, & econtra.

4 Contra hãc opinionem primò adfertur tex. *in l. si res æstimata 13. §. 1. de iur. dot.* vbi clarè deciditur mulierem, quæ res æstimatas in dotem dedit, ita demum posse agere contra maritum cum minoris fuerint æstimatæ, si modo extent, cum enim constet in hac materia potiorem esse causam mulieris, quàm venditoris, absurdum existimant, venditori concedere id, quod mulieri denegatur.

5 Respondeo in muliere rationem extare speciale cur agere non possit, quam insinuat l. C dum ait, *Quia boni consulere debet mulier, quod fundus æstimatus fuerit, nanque si inæstimatus datus fuisset, eius periculo perijsset,* quæ ratio ad rem nostram ideò nõ pertinet, quia plerumque accidit plures reperiri, qui rem empturi fuerant, quod satis est, etiamsi cõtrariam interdum accidat, *l. nam ad ea, ff. de legib.* sic enim fit, vt non possimus dicere venditorem boni consulere debere, quòd rem vendiderit ei, qui eũ in pretio circumuenit, sicut de muliere dixit l. C.

6 Deindè animaduertere debemus, a iuris ratione, quæ pro nobis ſtat, non poſſe nos recedere, niſi legis alicuius particularis auctoritate, vel quia circũſtantiæ eiuſmodi incidant, quæ efficiant iniquum eſſe rationem iuris tunc ſeruari, quorum neutrum adeſt, nam nulla oſtenditur lex, quæ tale aliquid induxerit, nec vlla iniquitas eſt eum, de quo agimus condemnari, cum eius commodo cederent rei acceſſiones, qua de cauſa re perempta emptor cogitur pretium, quod non numerauit, venditori ſoluere, *vt Inſt. de empt. & vend. & in tit. ff. de periculo, & commodo rei venditæ*, nihil ei ſuffragante huiuſmodi rationem venditorem, qui partem pretij habuit, boni conſulere debere, quòd rem vendiderit.

7 Idque in hac ſpetie eo libentius admittendum eſt, quòd homines, qui adeò grauiter in pretio alios circumueniunt, & Reip. damnoſi ſunt, & plerumque fraudulenti, proindè digni ſunt, quibus cum ſummum ius exerceatur, quod benignitate temperari inter virum, & vxorem, vinculum matrimonij ſuo iure poſtulat.

8 Secundò mouentur, quia vbi quantitas debetur reſpectu certæ rei, tunc illa perempta debitor eſt liberatus, *l. Titia textores, §. vltimo, de leg. 1. l. electio, §. ſi is, ff. de nox. act. l. 1. §. vlt. ff. ſi cui plus, quam per leg. Falcid. l. ſi ſeruus communis, verſ. ex his igitur, ff. de furt.* Ergo perempta re vendita, cuius contemplatione debetur quantitas de qua agimus, debitor liberatus erit.

9 Reſpondeo eum, de quo agimus, ex natura commertij debere pretium ſecundum valorem rei emptæ, vt ſupra oſtendi, quia tamen interdum accidere poteſt, vt emptor maiori pretio non eſſet empturus, ſumma ratione conceſſum ei fuit, vt ſi mallit a contractu diſcedere, id facere poſſit, *l. 2. C. de reſcind. vend. c. 3. & c. cauſam, de empt. & vendit.* ad liberandum ergo eum a ſolutione integri pretij, non eſt ſatis, vt res perierit, audi I. C. *in l. ſi ego 10. de iur. dotium, propè finem*, dum ait.

Verum ſi ita fuerit adiectum, Vtrum maritus velit, ipſius erit electio; Aut ſi nihil de electione adijciatur, electionem habebit maritus, vtrum malit res offerre, an pretium earum. Nam & cum illa, aut illa res promittitur rei electio eſt vtrum præſtet, ſed ſi res non extet æſtimationem omninò maritus præſtabit.

10 Tertiò pro hac opinione adducitur, quod rei reſtitutio eſt principaliter in obligatione, ſupplementum autem iuſti pretij eſt in facultate ſoluendi, *l. 2. C. de reſcind. vend.* Reſpondeo falſum eſſe rei reſtitutionem in obligatione eſſe, pretijque iuſti ſupplementum in electione, nam contractu valido exiſtente, res eius fit, cui fuit tradita, quod vbi accidit is, qui tradidit, nõ poteſt petere rem reſtitui ſibi, quia contractus ab initio ſunt voluntatis, & ex poſt facto neceſſitatis, quod plenius explicaui c. 40. & hoc eſt, quod ſignificat tex. *in c. 3. de empt. & vend.* dum poſtquam annullauit ſententiam, quæ declarauerat nullam venditionem, quia læſionem immodicam continebat, ait *ſalua quæſtione Canonicalis ſuper deceptione pretij*, is enim qui de pretio conqueritur nõ petit rem, ſed id, quod iuſto pretio deeſt.

11 Nec contrarium dicit tex. *in d. l. 2. C. de reſcind. vend.* quia nihil aliud docet, quam eum, qui rem ſuã minus iuſto pretio vltra dimidiam vendidit, iudicis auctoritate rem eſſe recuperaturum, niſi emptor ſuppleat id, quod iuſto pretio deeſt, hinc enim nihil aliud colligere poſſumus, quàm electionem emptori pręſtare, an pretium ſuppleat, an rem reddat, quod oſtendit non eſſe rem in obligatione, quia tũc non eſſet in poteſtate debitoris ſupplere id, quod iuſto pretio deeſt.

11 Addo autem DD. noſtros, qui admittunt, & meritò, in hoc iudicio non licere præcisè rem petere, non poſſe affirmare rei reſtitutionem in obligatione eſſe, & pretij ſupplemẽtum in electione, quia cum reus aliud pro alio lege permittente ſoluere poteſt, actor debet id, quod in obligatione eſt petere, non autem id, quod eſt in electione, *l. 6. §. decem, de re iudic.*

13 Poſtremò adducitur actorem in hoc iudicio ſic agere debere, vt electio ſit debitoris pretium ſupplere, vel rem reddere, quod in hoc caſu contingere non poteſt, cum res ipſa perierit, eoque durius videtur, quia hac retenta ſententia, non raro contingere poteſt, vt is qui minoris rem emit, ea perempta teneatur ſupplere pretium, quod non ſuppleret ea exiſtente in rerum natura, quia pluris rem non erat comparaturus.

14 Reſpondeo ex natura contractus eſſe, vt is, qui rem accepit, eius iuſtum pretium ſoluat, ne alias locupletetur cum aliena iactura, vt luculenter expoſui c. 33. itaque cum is, de quo agimus rem accepit pro minori pretio, quam tunc valeret, illicò obligari cœpit ad ſupplendum iuſtum pretium; ab hac autem obligatione ipſe non poteſt liberari, niſi aliquo legitimo modo fuerit diſſoluta, cuiuſmodi non eſt is, de quo agimus, quia res perit periculo domini, qua de cauſa, qui integrum pretium non ſoluit, non excuſatur dicendo rem perijſſe.

15 Non nocet ipſum tanti rem non fuiſſe comparaturũ, quia obligatio ſupplendi iuſtum pretium nõ oritur ex opinione, & voluntate emptoris, ſed ex valore rei emptæ, & ideò debet etiam re perempta pretium iuſtum ſupplere, quia huiuſmodi opinio, & voluntas emptoris non diminuit rei valorem: facit quidem hæc opinio, vt re exiſtente liceat emptori eam reddere, quia tunc vterque ſine damno conſeruatur; non poteſt tamen facere, vt emptor a ſupplendo iuſto pretio excuſetur cum venditoris damno, quia quæ nemini nocent, facilè conceduntur, etiam ſi ſtricti iuris ratio aduerſetur, *l. 2. §. item Varus, ff. acq. plu. arcend.* quæ verò alteri obſunt, non poſſunt admitti aduerſus iuris rationem, maximè in fauorem eorum, qui tam grauiter proximum in contractibus lædunt, niſi legis alicuius auctoritate, hi enim indigni ſunt, vt eis aduerſus iuris regulas benignas interpretationes introducamus cum alterius detrimento.

Reſciſſo contractu ob immodicam læſionem, An hipotheca medio tempore contracta extinguatur. Cap. X L V.

1 CVm emptor poſſit rem accepto pretio, venditori, qui immodicè læſus fuit, reſtituere rem, *l. 2. l. ſi voluntate, in fine, C. de reſcind. vend. c. 3. & c. cũ cauſam, de empt. & vend.* dubitatur, an hipotheca, quam ſuper re interim contraxit extinguatur.

Negat

2 Negat Bar. *in l. si res, ff. quib. mod. pign. vel hipoth. soluat. in l. 4. §. sed Marcellus, ff. de in diem addict.* & cum eo alij multi, de quibus Boer. *decis.* 181. *nu.* 10. & nouissimè Ant. Faber *de error. pragmat. decad.* 23. *error.* 2.

3 Affirmat verò Bal. *in l.* 2. *quæst.* 13. *C. de rescind. vend.* quem multi sequuntur, de quibus Tiraq. *de retract. conuent.* §. 3. *glos.* 1. *nu.* 12. & *ad l. si vnquam, in verbo reuertatur, num.* 271. & pro eo nouissimè pugnant Arius Pinell. *de rescind. vend. par.* 2. *c.* 3. *num.* 51. D. Fachin. *lib.* 2. *c.* 23.

4 Pro sententia Bal. adducitur id, quod habetur *in l.* 3. *ff. quibus modis pignus, vel hipotheca soluitur,* & *in l. si ex duobus,* §. 1. *ff. de in diem addict.* quod si pignus constitutum fuerit ab eo, qui emit cum pacto addictionis in diem, illud euanescit, si intra diem, oblata meliori conditione, res ei aufferatur.

5 Secundò adducitur tex. *in l. lex vectigali* 31. *ff. de pignor.* dum ait, *Lex vectigali fundo dicta erat, vt si post certum tempus vectigal solutum non esset, is fundus ad dominum redeat, postea fundus pignori a possessore datus est. Quæsitum est, an rectè is fundus pignori datus est. Respondi, si pecunia intercessit pignus esse.*

Cumque vectigal non fuisset solutum, fuit dubitatum, cuius causa potior esset, domini, an creditoris; & respondit Sceuola, *Si dominus iure suo vsus esset, etiam pignoris ius euanuisse*; ex quo tex. colligunt DD. vulgarem illam regulam, resoluto iure datoris, resoluitur ius acceptoris.

6 Tertiò pro Baldo adfertur, quia alias esset in potestate emptoris deteriorem conditionem venditoris reddere rem emptam hipothecando, quod a ratione iuris, & ab æquitate nimis abhorrere videtur.

7 Contrariam sententiam sequor, quam verissimam esse, vt ostendere possim, præmitto apud eos, qui hanc tractant quæstionem in comperto esse, emptorem dominium plenum rei habere, alioquin, nec pignus ab eo constitutum teneret, vt in simili admonet I. C. *in l. si ex duobus, in fi. ff. de in diem addict.* quod tamen consistere, ponimus pro constanti, alioquin non esset, cur de extinctione eius tractaretur.

8 Hoc præmisso sic argumentor: Pignus constitutum ab eo, qui dominus est, cum re ipsa transit ad quemcumque res transferratur, ergo in hac spetie dicendum est pignus durare, etiam si res venditori restituatur, nisi aliqua lege particulari secus fuerit constitutum, aut aliqua adsit circumstantia, quæ ab hac regula nos recedere cogat.

Sed nec lex tale, quid dicens extat, nec vlla causa est, cur ab hac regula discedamus.

Non debemus ergo ab ea ne latum quidem vnguem discedere.

9 Maior propositio manifesta est. Minor etiam, quò ad primam partem euidens est, quia nulla hucusque ab aduersarijs ostensa lex fuit, quæ id dicat. Quò verò ad alteram partem, eam veram esse facilè est ostendere, considerando circumstantiam nullam aliam earare, quam hæc, quod venditori in subsidium res restituenda sit, si emptor nolit supplere id, quod iusto pretio deest.

10 Quam quidem circumstantiā tanti non esse, vt possit vim pignoris euacuare, ostendo dupliciter. Primò ex *l. bouem* 41. §. *pignus, ff. de ædilitio edict.* dum ait, *Pignus manebit obligatum etiam si redhibitus fuerit seruus, quemadmodum si eum alienasset, aut vsumfructum eius, nec rectè redhibebitur, nisi redemptum, & pignore liberatum redhibeat.* Idem probat tex. *in l. redhibere* 21. *ff. eod. tit.*

11 Vt intelligamus plurimum hunc textum nostrā sententiam adiuuare, notandum est vtrumque remedium eadem de causa fuisse introductum, vt ijs subueniatur, qui decepti fuerunt, *l.* 1. §. *causa huius edicti, ff. de adil. edict.* item vtroque in casu dominium transferri in emptorem, vt ex locis mox allegatis probatur.

12 In eo autem durior causa est eius, qui ædilitio edicto conuenitur, quòd præcisè cogitur rescindere cōtractū, *vt in l.* 1. & *in l. redhibere* 21. *eod. tit.* cum ergo tunc pignoris ius, ac potestas non impediatur, cur in spetie nostra impediri debet?

13 Secundò, & clarius, si ad impediendam pignoris potestatem sufficit, vt per eā reddatur durior causa vēditoris, cur is, qui credita pecunia emit pignorando rem emptam duriorem venditoris causam reddit? emptore enim rei iudicatæ non parente, potest ea re vendita suum consequi, quod etiam accidit in omnibus, qui personali actione tenentur, nemo enim dubitauit, aut dubitare potest, eum qui actione personali tenetur, res suas hipothecando duriorem creditorum huiusmodi causam reddere?

14 Dissoluamus nunc argumenta partis aduersæ, & quod pertinet ad primum. Respondeo, mentem vendentis cum pacto addictionis in diem sibi prospicit hanc esse, vt intra temporis præstituti spatiū, possit conditionem suam meliorem facere, propterea iniquum esset licere emptori in re empta, ita constituere pignus, vt reperto maiori pretio, non posset venditor pacto vti, quod contingeret, si pignus constitutum ab emptore, non expiraret statim, ac alio maius pretium offerrente, res auffertur primo emptori.

Non rectè ergo hinc colligitur argumentum in quæstione nostra, nullum enim pactum adest, aut aliquid simile, quo sibi venditor consuluerit.

15 Ad secundum respondeo, magnam esse differentiam inter pignus constitutum ab eo, qui dominium plenum habet, & ab eo, qui vtile tantum habet, cū enim dominium vtile ita sese habeat, vt non possit detrahere dominio directo, consequens est, vt pignus constitutum a domino fundi vectigalis eatenus vires habeat, quatenus dominio directo non detrahet; non est ergo, cur quæramus rationem, quare in casu legis ex aduersò allegatæ, pignus extinguatur, quia si secus accideret, id damno esset domino directo, qui spetiali pacto sibi consuluit. Non est ergo, cur ad rem nostram hunc tex. trahamus, cum agamus de eo, qui plenum ius in re habet.

16 Ad tertium argumentum respondeo, de damno emptoris principaliter agi, quia is dominus est, quod satis est, vt ei liberum sit rem distrahere, aut obligare, licet in consequentiam alius lædi possit, quemadmodum videmus in omnibus illis, qui personalibus actionibus tenentur, licet enim conditio creditorum deterior fiat per alienationes, & hipothecas, tamen eas libere contrahunt.

Emptore nolente supplere id, quod deeſt iuſto pretio, an cogatur reſtituere fructus ex re perceptos. Cap. XLVI.

1 CVm emptor non vult ſupplere id, quod iuſto pretio deeſt recepto pretio, quod dedit, cogitur rem venditori reſtituere, *l. 2. l. ſi voluntate, C. de reſc. vend. c. 3. c. cum cauſam, de empt. & vend.* An tunc vnà cum re teneatur fructus, ex ea perceptos reſtituere, dubij iuris eſt.

2 Affirmant multi, de quibus Couar. *lib. 2. var. c. 3, num. 9.* Arius Pinellus *de reſcind. vend. par. 2. c. 4. nu. 1. & 2.* Cuiac. *ad tit. C. ſi maior factus alienat. ratam habuerit, verſ. ſed vt exponatur,* ex eo moti, quod id accidere videmus in eo, cui ex lege cõmiſſoria, vel ĩ diẽ addictione res aufertur, vel ex ædilitio edicto, *l. Imperator, de in diem addict. l. 2. de leg. commiſſ. l. cum autem, §. cum redhiberetur, & l. quod ſi nolit, in fine, ff. de ædilit. edict.*

3 Is quoque qui in iudicio inofficioſi teſta. victus fuit, omnes fructus reſtituit, *l. filio, §. 1. in fine, de inoff. teſt.* quod ẽt obſeruatur in eo, qui non ſolemniter res minoris emit, *l. fundus 13. §. 1. de reb. cor. l. ſi prædium 16. C. de præd. min.* & in eo, qui per reſtitutionem in integrum victus fuit, *l. quod ſi minor, 25. §. reſtitutio, l. minor. 41. §. 1. de minor.*

4 Contrariam ſententiam, & melius probant multi alij, quos refert, & ſequitur Pinellus, loco allegato, nec non D. Fach. *lib. 2. c. 24.* Ant. Fab. *de erroribus Pragmatic. decade 7. errore 7. in principio.*

5 Cum enim emptor, etiam ſi nec dimidiam partem pretij numerauerit, rei dominus fiat, vt concorditer DD. affirmant, & probauimus hoc ipſo libro c. 40. a num. 1. ſequitur ad eum fructus rei interim ſpectauiſſe ſecundum regulam iuris docentem id, quod ex re noſtra naſcitur noſtrum eſſe, *l. item quę, ff. de acq. rer. dom. l. qui ſcit, ff. de vſur. §. item ea, Inſt. de rer. diuiſ.* a qua regula, cum non liceat recedere, niſi conſtitutio aliqua, aut ratio ad id nos impellat, rectè facimus, dum in ſpecie, de qua tractatur, nolumus recedere, quoniam, nec lex vlla extat, aut ratio, quæ id nos facere ſuadeat, quæ enim in contrarium adducta ſunt, ſpecialem rationem habent.

6 Nam is, qui redhibitoria actione condemnatur fructus reſtituit, quia ſpecialiter id fuit cautum, *l. 1. ff. de ædil. edict.* is verò, cui lege commiſſoria res aufertur, ea de cauſa fructus reddit, *quia nõ oportet aliquid apud eum reſidere ex re, in qua fidem fefelliſſet, l. 5. ff. de leg. com miſſ.*

7 De illo etiã, qui cum addictione in diẽ rem emit, particularis ratio extat; nã ſi alienatio facta fuerit conditionaliter, hoc eſt, quòd alio maius pretium offerente res ſit inempta, euidens cauſa eſt, cur alio plus offerente fructus, cum re reſtituat, quia dominium non fuit in emptorem translatum, *l. 2. l. cum, § eod. de lege commiſſ.*

8 Cum verò purè alienatio fit, ita tamen, vt reſoluatur alio meliorem conditionem offerente, cum alius plus obtulit, ideò rem cum fructibus reſtituit, quia non ſimpliciter fructus ad eum ſpectant, ſed conditionaliter, ſi melior conditio non fuerit oblata, *l. quod dictum 9. de in diem addict.*

9 Is autem, qui prędium minoris non ſolemniter emit, non eſt contra noſtram ſententiam allegandus, quia non ſit dominus prędij, vt *in d. l. prædium,* clarè habetur.

10 Cur autẽ in iudicio reſtitutionis in integrum veniant fructus, disertè exponit I.C. *in l. quod ſi minor, §. reſtitutio, ff. de minor.* dũ ait, *Reſtitutio autẽ ita facienda eſt, vt vnuſquiſque in integrũ ius ſuum recipiat, itaque ſi in vendendo fundo circumſcriptus reſtituetur, iubeat Prætor rem cum fructibus reddere.* Reſtituendi quoque verbum, quo Prætor vtitur fructuum reſtitutionẽ continet, quia pleniſſimam habet ſignificationem, *l. videamus 38. §. in Faniana, ff. de vſur. l. in condemnatione 134. de reg. iur.* & proindè non pertinet ad rem noſtram, cum verbum reſtituendi non extet *in l. 2. C. de reſcind. vend.* nec competat reſtitutionis beneficium ei, de quo agimus, vt probaui ſupra c. 40.

11 Supereſt, vt de eo tractemus, qui inofficioſi iudicio teſtamentum expugnauit, is enim, cum deindè ab inteſtato hæreditatẽ petitione hæreditatis perſequatur, *l. qui repudiantis, ff. de inoff. teſtam.* iure conſequitur fructus a poſſeſſore perceptos, quia huius iudicij ſpeciale ius eſt, vt in eo veniant fructus omnes ex re percepti, *iuxta l. item veniunt, §. 1. verſ. item fructus, ff. de petit. hæredit.*

12 Non omitto autem contra ſententiam, quam deffendimus, adduci præterea textum *in l. 1. C. ſi maior. fact. alienat. rat. habuerit,* qui magis vrget: tractatur enim ibi de maiore, qui ratam habuit alienationem a tutore, minore pretio factam, docetque, quòd ſi emptor reliquum iuſti pretij noluerit ſupplere, eum cogi rem cum fructibus reſtituere.

Reſpondeo in huiuſmodi iudicio de vi, & poteſtate ratihabitionis fuiſſe actum, nam ait textus *eãque vẽditionem deceptum patrem tuum ratam habuiſſe, ſi minore pretio diſtractum eſt prædium, & incõſulto errore lapſum patrẽ tuũ perpetã venditioni conſenſum dediſſe conſtiterit,* & ideò cum Præſes animaduertit ſic rem actam fuiſſe, vt æquum ſit ei, qui alienationem ratam habuit, ex generali clauſula ſubueniri, alienatio inutilis manet, quia fuit non ritè facta, & proindè hoc non pertinet ad rem noſtram, nam ſpecialis ratio tunc viget, de qua ſupra num. 9. & hæc fuit animaduerſio Pinelli *num. 8.* pro cuius cõprobatione illud facit, quòd hæc res per Præſidem expeditur: nam cum de alienatione rerum minorũ agitur, cognitio Præſididis eſt, ſecus cum de reſcindenda venditione, ob immodicam læſionem, agitur, *l. 2. C. de reſcind. vend.*

Ex contractu litterarum, quæ nam oriatur obligatio. Cap. XLVII.

1 INſignis eſt controuerſia DD. contentionibus mirum in modum exagitata, quæ nam ex contractu litterarum oriatur obligatio, de qua agunt Interpretes *in l. 1. ff. de condit. indebit. in l. cum quis, C. de iur. & fact. ignorant. & in Inſt. de oblig. in princ.* vbi præcipuè Nicol. Bell. Thob. Non. Petr. Ricciar. & D. Paul. Bellonus nobiliſſimus Gymnaſij Papienſis anteceſſor paucis ab hinc annis, nunc autem Senator Mediolanenſis ampliſſimus, DD. rurſus *ad tit. Inſtit. de litter. oblig.* agunt de eadem re

Emanuel

Emanuel a Costa *in l. si ex cautione, C. de non numer. pecun.* Vasq. *de success. creat. lib. 2. §. 12. n. 49.* D. Fachin. *lib. 13. c. 26.*

2 Ego commodioris doctrinæ gratia totam hanc rem explico quatuor conclusionibus, quarum prima hæc est.

Is, qui sub spe futuræ numerationis chirographum scripsit, in quo pecuniam se mutuo habuisse confitetur, eamque se debere scribit, ex natura comertij facti, nec ante, nec post biennium obligatur: Neque lege aliqua statui potest, vt obligetur.

Rectissimè tamen constitutum fuit, vt chirographi illius virtute condemnari possit ad pecuniam prædictam soluendam.

Quod si factum fuerit, is, petente aduersario ciuiliter, & naturaliter obligabitur ad parendū rei iudicatæ.

Quas cōclusiones, vbi probauero, ea aggrediar, quæ nobis obstare videntur, quæ plurimum vrgēt.

3 Prima conclusio, vt is, qui scripsit chirographū sub spe futuræ numerationis non obligetur ex natura comertij facti, (quæ opinio placuit Conan. lib. 1. comment. c. 6. nu. 31.) probatur ex eo, quòd quando inter aliquos actum est, vt genus aliquod comertij fiat, nisi illud comertium fuerit perfectum, & absolutum, contrahentes nullo modo obligantur, itaque, cum is, qui scripsit chirographum sub spe futuræ numerationis, vellet celebrare contractum mutui, quod nostri naturale mutuum appellant, sequitur ex natura comertij eum obligari non posse, ante quàm pecunia fuerit numerata. *Appellata enim est mutui datio ex eo, quod de meo fiat tuum, & ideò si de meo tuum non fit, non nascitur obligatio.* Sunt verba Iurisconsulti *in l. 2. §. appellata, ff. si cert. pet.* &

4 licet ex huiusmodi comertio mutuum ciuile perfectè celebratum fuisse, quod multi tradiderunt, admitteremus; nihil tamen suffragatur ad obligandū eum, qui scripsit, quia ipse noluit celebrare mutuū ciuile, sed naturale, chirographumque, quod ante numerationem scripsit, factum fuit ab eo, non vt indè contractus litterarum oriretur, vel mutuum ciuile contraheretur, sed vt faciliorem redderet promissorem ad numerandam pecuniam.

5 Nec distinguendum est, an elapsum fuerit tempus opponendi exceptionem non numeratæ pecuniæ, quia etiamsi mille labantur anni, semper verum erit, mutuum, quod celebrare partes volebant non fuisse absolutum.

6 At dices; is qui chirographum scripsit, dum finit elabi tempus opponendi exceptionem, donare videtur. Respondeo, ideò eum distulisse exceptionem opponere, quia non putabat adeò improbum aduersarium esse, vt pecuniam, quam non numerauit, repeteret, quod magis præsumendum esse, quam animum donandi, non est dubitandum, communiter enim traditur a nostris errorem potius, immò fatuitatem præsumendam esse, quam donandi animum, vide Ias. *in l. iurisgentiū, §. sed cum nulla, nu. 28. ff. de pact.* Menoch. *de arbitr. iud. cas. 80. a num. 1.* Rot. *decis. 131. propè finem, & num. 4. par. 2. diuers.*

7 Deindè esto id verum esse, nihil aliud tamen indè sequitur, quam, ex superuenienti voluntate donandi obligari eum, qui chirographū scripsit, quod nihil nobis obest; quærimus enim, an ex chirographo oriatur obligatio.

8 Secunda conclusio, *quod lex non possit facere, vt ex huiusmodi comertio nascatur obligatio*, sic probatur; lex est iustorum, & iniustorum regula, *l. 2. in fine, ff. de leg.* & inter alia prædicata essentialia legis illud est, vt sit iusta, *c. erit lex, 4. distinct.* Propterea non potest legislator facere, vt ex contractu, de quo agimus oriatur obligatio, cum iustitia commutatiua, ad quam pertinet de contractibus iudicare, hoc non patiatur.

9 Iustitia enim commutatiua in contractibus illud quærit, vt æqualitas conseruetur, vt explicat Aristot. receptus *lib. 5. Ethicorum, c. 4.* Propterea secundum iustitiæ regulas non potest contractus, de quo agimus, vllam producere obligationem, quia nimis magna inæqualitas esset inter contrahentes.

10 Nec dicas, recedere non semel legislatorem a regulis iustitiæ commutatiuæ, *vt in l. 2. C. de rescin. vendit. & alibi*, ergo etiam in hoc contractu hoc facere licuisse dicendum erit.

Nam respondeo, verissimum esse, pro Reipublicæ salute legislatorem a giustitia commutatiua recedere; *Salus enim Reipublicæ suprema lex esto* a veteribus traditum est, sed hoc non pertinet ad quæstionem nostram; Etenim ex eo, quòd regulæ iustitiæ commutatiuæ obseruentur in hoc comertio, nullum damnum, nullumvè incommodum sequitur, vt ex explicatione sequentis conclusionis clarius apparebit; quod, vbi cessat, inauditum est, legislatorem a regulis iustitiæ particularis recedere.

11 Tertia conclusio est huiusmodi. *Rectissimè tamen constitutum fuit, vt ex solo chirographo is, qui scripsit, condemnari possit ad pecuniam soluendam, quam se debere scripsit.*

Probatur hæc conclusio *ex l. generaliter, C. de non numer. pecun.* dum ait. *Nimis indignum est, vt quod quisque voce dilucidè protestatus est, id in eundem casum infirmare, testimonioque proprio resistere.*

Itaque sufficienter probata est numeratio pecuniæ, cum ex chirographo manu rei conuenti scripto, constat de numeratione, ergo rectissimè constitutum fuit, vt iudex posset ex solo chirographo reum condemnare, quandoquidem manifesti iuris est, iudicem non posse ab eo discedere, quod legitimis modis in iudicio fuit probatum, *l. illicitas 6. §. 1. ff. de offic. præsid.*

12 Nec obstat, quod accidere possit, vt is, qui scripsit, se pecuniam habuisse, eam non acceperit, quoniam responsionem suppeditat D. August. *lib. 19. de Ciuit. c. 6.* vbi agens de fragilitate humanorum iudiciorum, excusansque iudices, qui iudicando sæpè labuntur, sic inquit, *Non enim hæc facit sapiens iudex voluntate nocendi, sed necessitate nesciendi, & tamen quia cogit humana societas iudicare, etiam iudicandi necessitate.*

13 Aliam responsionem etiam suppeditat Aristot. *lib. 5. Ethicor. c. 10.* dum ait, *Lex quidem omnis vniuersalis est, fieri autem non potest, vt de quibusdam vniuersaliter rectè dicatur: In quibus igitur vniuersaliter dicere necesse est, fieri autem non potest, vt in eis rectè dicatur, in ijs lex accipit, quod fit plerumque haud ignorans peccatum; non enim est in lege, aut in legislatore, sed in ipsa rei natura, continuò namque rerum earum, quæ sub actione cadunt, materia talis est.*

14 Neque prædictis negotium faciunt ea, quæ in

primis duabns conclnſionibus a nobis firmata fuerunt, licet enim videatur idem eſſe obligare eum, qui ſcripſit chirographum, & dare facultatem iudici eum condemnandi virtute ſolius chirographi: re vera tamen hæc longè inter ſe diſtant, quod, vt oſtendam, oportet meminiſſe, dum legislator ſtatuit aliquem ex comertio facto obligari, ad regulas comertiorum eum reſpicere debere, præcipuè verò ad regulas illius comertij, de quo agitur; quando verò ſtatuit, vt condemnari poſſit ex comertio facto, ſi in iudicium vocatus fuerit, ad naturam iudiciorum reſpicere debet. Nil mirum ergo, ſi legislator non ſtatuit, hunc, de quo agimus obligari, ſtatuit autem, eum condemnari poſſe, quia regulæ comertiorum non patiuntur, vt obligetur, regulæ verò iudicij poſtulant, vt condemnari poſſit.

15 In comertijs hoc obſeruatur, vt obligatio oriatur ex damno ex parte actoris, & ex lucro ex parte rei conuenti, quoties ex conſenſu eius obligatio nō elicitur, vt explicat Ariſtot. & alij ſequuntur *lib. 5. Ethicor. cap. 4.* ergo cum nullum in propoſito damnum ſit ex parte actoris, nec lucrum ea parte rei conuenti, regulæ comertiorum nullo modo patiuntur, vt is, qui chirographum ſcripſit, obligetur; non poteſt enim ex conſenſu eius hæc obligatio deduci, vt ſuprà explicaui.

16 In iudicijs verò id ſpectatur, quod ex fide actorū conſtat, *l. illicitus, §. 1. ff. de offic. Præſid.* Itaque, cum ex chirographo ab actore exhibito ſatis conſtare dicatur ex fide actorum de veritate debiti, iudicij natura omninò poſtulat, vt condemnari poſſit ad ſoluendum id, quod debere eum apparet.

17 Hinc ſequitur, falſum eſſe, quod ſcripſit Caſtren. *in l. ex contractu, C. de non numer. pecun.* legem ſcilicet, poſtquam biennium elapſum fuit, fingere, pecuniam fuiſſe numeratam. Cum enim lex poſt biennium exceptionem prædictam opponere prohibeat, ne creditores ſuis pecunijs fraudentur, vt ait Iuſtin. *in Inſt. de litterar. obligat. propè finem*, ſatis erat vt ex chirographo ſolo poſſet is, qui ſcripſit cōdemnari, & ideò, cum id poſſit fieri ſecundum iuris communis regulas, non eſt admittendum introductā fictionē fuiſſe aduerſus regulas iuris ſine aliqua vtilitate, *l. ius ſingulare, ff. de legib.*

18 Quarta concluſio, nullam, vt mihi videtur, dubitationē habet, *ciuiliter, & naturaliter eum qui chirographum ſcripſit obligari ad obtemperandum rei iudicatæ, in qua condemnatur ad pecuniam ſoluendam, cum id poſtulat aduerſarius.*

Cum enim lex naturalis iubeat nos iuſtis Principum legibus parere, *c. 2. de maior. & obed.* D. Paul. *ad Romanos, c. 13.* obligat quoque ad parendum legi, de qua agimus, cum iuſtiſſima ſit, vt patet ea dictis.

19 Addidi autem, petente aduerſario, quia quod quis obligari poſſit, ad parendū rei iudicatæ, etiam ſi certò ſciat ſe iniuſtè condemnatum fuiſſe, ex eo deſcendit, quod Reipublicæ nocet res iudicatas paruipendi. Et ideò, cum hoc contingat eo tantum caſu, quo victor inſtat pro rei iudicatæ executione, conſequens eſt, vt in hoc caſu tantum iniuſtè condemnatus obligari poſſit ad parendum rei iudicatæ, quod rectiſſimè docuit Iacob. Menoch. *lib. 1. præſumpt. 80. num. 3. verſ. hanc.*

20 Quæret aliquis, ſi lex non poteſt hunc, de quo agimus, obligare ratione comertij facti, cur obligare eum poterit ratione rei iudicatæ, quę ſuper prædicto comertio nititur?

Reſpondeo, comertium imperfectum fuiſſe, & per conſequens ſuaptè natura eſſe inhabile ad producendam obligationem, ſententiam autem iuſtiſſimè, iuriſque ordine ſeruato latam fuiſſe, & ideò nil mirum, ſi ex ea deduci poteſt obligatio, & licet fundetur ſuper comertio, nō tamen obſtat, quia comertium quò ad hoc perfectum eſt, & omni ex parte abſolutum, vt ſupra oſtendi.

21 His expoſitis, aggrediamur ea, quæ noſtræ opinioni obſtare videntur, q̄ nec pauca ſunt, nec leuia.

Primo loco noſtra opinio ex eo conuinci videtur, quod Iuſtinian. *§. fin. Inſtit. de oblig.* ponens diuiſionem obligationum ex contractu naſcentium, inter eas numerat obligationem litterarum.

Reſpondeo, obligationem dupliciter conſiderari poſſe, ſimpliciter, & ſecundum quid, ſcilicet quò ad aliquem effectum.

Obligationem ſimpliciter, cōſideramus in quæſtione noſtra, dum quærimus, quæ nam obligatio oriatur ex contractu litterarum.

22 Secūdum quid, accipitur multis in locis iuris noſtri, præcipuè verò *in l. qui pecuniam 30. ff. ſi cert. pet.* dum ait, *Qui pecuniam creditam accepturus ſpopondit creditori futuro, in poteſtate habet ne accipiendo, ſe ei obſtringat.* Nam iſte obligatus eſt antequàm pecuniam accipiat, *vt in §. idem iuris, Inſtit. de except.* & declarabo infra num. 28. cum tamen ante numerationem exceptionem non numeratæ pecuniæ habeat, tūc dicitur obſtringi, cum pecuniam accipit.

23 Eodem ſenſu dixit I. C. *in l. vel obligari, § obligatum accipere, ff. de liber. cauſ.* obligatum accipi debere eum, qui condemnari poteſt, cum tamen cōſtet, eos, qui condemnari non poſſunt ſępè obligatos eſſe, *l. cedere diem, ff. de verb. oblig.* Eodem ſenſu dicitur in *l. continuus, §. cum ita, verſ. confeſtim, ff. de verb. obligat.* Eum, qui Epheſi dare promiſit ſi citiſſimè illuc peruenerit, confeſtim obligatum eſſe. Nam, vt ibi rectiſſimè gloſſa exponit, intelligendum eſt, quò ad effectum condemnationis: nam, antequam Epheſum perueniſſet, obligatus erat, *d. l. cedere diē, ff. de verb. oblig.*

24 Et hoc ſenſu accipit obligationem Iuſtin. *in tit. Inſt. de oblig.* eam enim diffiniens ait. *Obligatio eſt iuris vinculum, quo neceſſitate aſtringimur alicuius rei ſoluendæ ſecundum noſtræ ciuitatis iura.* Nam obligatio naturalis, vera obligatio eſt, & tamen non ſēper aſtringit obligatum ad id ſoluendum, quod ſoluere tenetur, *l. iuriſgentium, §. ſed cū nulla, ff. de pact.* Quam propterea non rectè prætermiſiſſet Iuſtinianus, ſi obligationem conſiderauiſſet, non autem ad effectum condemnationis, ſed ſimpliciter, & abſolutè. Sed quid opus eſt coniecturis? Iuſtinianus *in §. 1. prædicti tituli* inquit, *Omnium autem obligationū ſumma diuiſio in duo genera diuiditur, namq; aut ciuiles ſunt, aut prætoria.* Si diuiſionem tradere vellet omnium earum obligationum, quæ ſimpliciter conſideratæ veræ obligationes ſunt, quomodo defendi poſſet, quòd naturalem obligationem prætermiſerit? Nihil ergo nocet, Iuſtinianum *in §. fin. d. tit.* inter obligationes orientes ex cōtractu numerare obligationem litterarum, quia cum ibi cō-

ſideretur

sideretur obligatio, non simpliciter, sed ad effectũ condemnationis, rectissimè id factum fuit, cum huiusmodi obligatio sufficiens sit ad condemnãdum; & licet in d. diffinitione, & obligatio vera contineatur, tamen non ideò continetur, quòd vera obligatio sit, sed quia efficax est ad agẽdum, & sub hac consideratione.

25 Secundò contra nostram opinionem vrget id, quod scripsit Iustin. *Instit. in tit. de litter. oblig. Olim scriptura fiebat obligatio* (sunt verba ipsius) *quæ nominibus fieri dicebatur, quæ nomina hodie non sunt in vsu, planè si quis debere se scripserit, quod sibi numeratum non est de pecunia minimè numerata, post multum temporis exceptionem opponere non potest, sic fit, vt & hodie, dum quæri non potest, scriptura obligetur, & ex ea nascatur condictio.*

In primis ait Imperator, olim nominibus fieri consueuisse obligationem, ergo & hodie scriptura fieri poterit. Secundò ait, sic fit, vt & hodie, dum quæri non potest scriptura obligetur. Tertiò ait, ex ea nasci condictionem, ergo est vera obligatio: nam mater actionis personalis est obligatio vera, gloss. & DD. *in rubr. Instit. de obligat.*

26 Respondeo, titulum de litter. oblig. positum esse ad declarationem quarti membri diuisionis obligationis ex contractu descẽdentis, quæ proposita fuit in tit. de obligat. §. fin. Itaque cum eo loci obligatio consideretur non simpliciter, sed ad effectum condemnationis, consequens est, vt in hoc titulo eodem modo accipiatur, idque ex eo euidentissimè deducitur, quod obligationem litterarum Imperator ex eo deducit, quod scribens amplius conqueri non possit, pecuniã non fuisse numeratam, cum enim agitur de obligatione, quæ simpliciter loquẽdo obligatio sit, deduci debet, vel ex consensu, vel ex lucro ex parte vnius, & ex damno ex parte alterius, vt ostendit Arist. *lib. 5. Ethicor. c. 4.* vt supra dixi.

27 Quod verò dicebatur, ex obligatione litterarum oriri actionem, nihil etiam nocet, quia cum de obligatione agimus ad effectum pariendi actionem, agimus de obligatione deducta in iudicium, & sic agimus de obligatione considerata, non prout est, sed prout ex gestorum fide apparet; sic enim ea, quæ in iudicio afferuntur considerari debent, *d. l. illicitas, §. 1. ff. de offic. præsid.* quod suprà declaraui num. 24.

28 Tertiò obstare videtur tex. *in §. idem iuris, Instit. de except.* vbi obligatio litterarum æquiparatur obligationi dolo, metuvè contractæ, ergo obligatio litterarum vera obligatio est, cum obligatio dolo, metuvè contracta, vera obligatio sit.

Respondeo textum agere de eo, qui quasi credendi causa pecuniam ab aliquo stipulatus fuerit, neque numerauit: nos autem de eo agimus, qui citra stipulationem scripsit, se debere pecuniam, quã non accepit, hoc enim in casu habet locum litterarum obligatio, vt docet tex. *Inst. de litter. oblig. vers. cessante*, inter quos casus in proposito latum discrimen est. Nam ille, qui stipulatur pecuniam reddere, quæ sibi promissa fuit, perfectum comertium facit, stipulationem scilicet, cui ideò non nocet pecuniã non fuisse numeratam, quia non fuit motus ad stipulandum propter numerationem, sed propter spem numerationis, alias nõ antea promisisset, quam pecunia numerata fuisset, vel saltem conditionem, modumvè adiecisset hãc suam volũtatem exprimentem. In ijsdem terminis loquitur textus *in l. 3. C. de condit. ob caus.* vt patet in verbo spopondisti; nil mirum ergo si obligatio nascatur cum adsit comertium perfectum, quod propterea ad quæstionem nostram non pertinet, in qua comertium factum imperfectum est, vt supra explicatum fuit, & hæc euidens est ratio diuersitatis inter istos casus, licet eam assignari nõ posse scripserit Emanuel a Costa *in repetit. l. si ex cautione, in 3. declaratione verborum si ex cautione, nu. 7. C. de non numer. pecun.*

29 Quartò huic sententiæ obstare videtur textus *in §. 1. Instit. de fideiuss.* vbi expresse dicitur obligationi litterarum accedere posse fideiussorem. Sequitur enim huiusmodi obligationem ligare eum, qui scripsit, nisi enim principalis obligatus sit, fideiussor accedere non potest, *vt in eod. tit. §. fideiussor.*

Respondeo, neminem esse adeò improbum, qui profiteatur se petere pecuniam, quam non numerauit, propterea, cum is, ad cuius fauorem factum fuit chirographum, ab aduersario exigit fideiussorem, nunquam patitur eum sic accedere, vt obligationi litterarum accedat, sed vult, vt ipse accedat velut obligationi, ex vero mutuo descendenti; qua ratione Vlpian. *in l. Græce, §. 1. ff. de fideiuss.* agens de obligationibus, quibus accedit fideiussor, omisit obligationem litterarum; nunquàm enim fideiussor nominatim accedit obligationi litterarum; quò ad effectum tamen quandoque accedit, veluti si lapsum fuerit biennium, & is, qui habet chirographum cõtendit se pecuniam numerasse. Aduersarius verò, cum non habeat vnde tunc satisfaciat, exhibet fideiussorem idoneum, qui licet accedat velut obligationi ex mutuo vero descendenti, tamen quò ad effectum accedit obligationi, quæ litteris contracta fuit, idest præsumptæ obligationi, quam chirographum (cui exceptio opponi non potest) peperit. Et hoc sensu locutus fuit Iustinianus, dum dixit, fideiussorẽ accedere posse obligationi, quæ litteris cõtracta fuit, quod non est nouum; is enim solitus est, vt num. 24. & 25. ostendi, obligationem considerare, non simplicirer, & prout verè se habet, sed quò ad effectum exactionis, & ideò nihil nobis nocet, quia vt hic effectus ex prædicta fideiussione sequatur, sufficit in iudicio condemnari fideiussorem, ad quod faciendum satis est obligatio præsumpta, quam chirographum peperit.

30 Quintò contra nostram opinionem facere videtur tex. *in l. 7. C. de non numer. pecun.* vbi agens de eo, qui chirographum sub spe futuræ numerationis scripsit, ait eum obligationem per condictionem repetere posse.

Respondeo textum agere de eo, qui quasi accepturus pecuniam aduersario cauit, & sic per stipulationem; sic enim in iure nostro accipi solet, cum dicitur aliquem cauisse, vide tex. *in l. 1. in princip. ff. vsufruct. quemad. caueat. l. Titia 134. §. penult. ff. de verb. oblig.* vide gloss. *in l. sancimus, C. de verb. signif. in verbo nudam,* vbi Paul. de Castr. *in prin.* Ias. *nu. 2.* post alios quos affert. Et ideò non pertinet ad quæstionem nostram, in qua non supponitur stipulatio, iuxta ea, quæ explicaui num. 27. & 28.

31 Hæc est mea de tota hac disputatione sententia, quæ licet ab aliorum sententia, quam longissimè

recedat

recedat, rationi tamen eam conſonam eſſe exiſtimo; & ideò, eruditos eam eſſe probaturos non diffido. Spemque meam illud maximè confirmauit, quòd hęc opinio probatur a D. Anto. Curino Pontremulenſi celeberrimo huius Gymnaſij Profeſſori, is enim vir eſt doctiſſimus, acutiſſimusque, ac in Iuriſprudentia adeò excellit, vt per paucos equales habeat: eandem ſententiam ſequutus fuit D. Angelus del Fauilla Florentinus, eiuſdem Gymnaſij Profeſſor, quem immatura mors, cum maximo omnium mœrore eripuit, vir enim erat candidiſſimi ingenij, & maximam de ſe exeitauerat opinionem.

Quid minor, qui pro alio fideiuſſit, cum petit reſtitutionem in integrum, debeat probare, vt eam obtineat ad l. ait Prætor, §. non ſolum, de minoribus. *Cap. XLVIII.*

1 RECeptum eſt apud Interpretes, fideiuſſionem ſuaptè natura lędere fideiubentem, & ideò minorem, qui fideiuſſiſſe ſe oſtendit, nihil præterea probare debere, vt reſtitutionem in integrum obtineat. Vide Sfortiam Odd. *de reſtitut. in integr. q. 54. artic. 3.*

2 Sed hæc ſentētia manifeſtè falſa eſt, & cōtra tex. *in l. ait. Prætor, §. nō ſolum, ff. de minoribus. Inquit tex. non ſolum autem in his ei ſuccurritur, ſed etiam interuenientibus, vt puta ſi fideiuſſorio nomine ſe, vel rem ſuam obligauit. Pomponius autem videtur acquieſcere diſtinguentibus, an arbiter ad fideiuſſores probandos conſtitutus probauit, an ipſe aduerſarius. Mihi autem ſemper ſuccurrendum eſſe videtur, ſi minor ſit, & ſe circumuentum doceat.*

Vides Iuriſconſ. ex profeſsò de hac re agere, eumque diſcedere ab opinione Pomponij diſtinguentis, an arbiter, an verò creditor minorem fideiubentem approbauerit, concludendo indiſtinctè, ſuccurrendum eſſe minori, qui fideiuſſit, *ſi minor ſit, & ſe circumuentum doceat*, ſi ſatis eſſet probare minorem ętatem, vt minor aduerſus fideiuſſionem reſtitueretur, cur I.C. non dicit, tum reſtituendum eſſe, ſi minor ſit, ſed addit, *& ſe circumuētum doceat?* hoc non eſſet docere, ſed deſipere.

3 Nugatur verò Gloſſator dum ait, ſemper præſumi circumuentionem, niſi in rem propriam fideiuſſio ſit facta, quia ſi hoc verum eſſet, peperam I.C. exigeret, vt is, qui reſtitutionem petit, *ſe circumuentum doceat*, nec gloſſatori prodeſt, quod aliqui dicunt in ſpecie, de qua ibi agitur, aduerſarium minoris probauiſſe, eum non fuiſſe circumuentum, & ideò non eſſe mirandum, ſi minori onus probandi iniungatur, I.C. enim tractat non ſpeciem aliquam particularem, ſed regulam generalem proponit, in qua affirmat, minori, qui fideiuſſit, eſſe ſubueniendum, ſi docuerit ſe fuiſſe circumuētum, quod vtique apertè falſum eſſet, ſi non eſſet minori neceſſe regulariter probare circumuentionem, ſed eo tantum caſu, quo aduerſarius probauiſſet, hac in re bona fide ſe, & debitorem ſuum verſatum fuiſſe, magnaque eſſet dignus nota I.C. quòd tam effuſo ſermone vſus fuiſſet.

4 Imperitè autem nimis loquuntur illi, qui aiunt Vlp. loqui non de omni fideiuſſione, ſed de ea, quæ in iudicio, præſtita fuit, in qua minor propter decretum, & præſentiam iudicis minus excuſatur. Primò, quia Vlp. apertis verbis de omni fideiuſſione loquitur, dum diſtinctionem Pomponij refellēdo ait. *Mihi autem ſuccurrendum eſſe videtur, ſi minor ſit, & circumuentum ſe doceat.* Secundò, quia arbiter eſt homo priuatus, qui a Prætore datur, vt cognoſcat, an fideiuſſor datus ſit idoneus, *l. ab arbitro, qui ſatiſdare cogant.* ideò cū ab arbitro minor probatur, inquiritur, an ipſe idoneus ſit, non autem an ei expediat fideiubere. Arbiter enim eligitur, vt perſcrutetur facultates, & fidem fideiuſſoris.

5 Secundò, hæc opinio probatur *ex l. ſi Titius, & Seia 49. ff. de fideiuſſ.* vbi I.C. quærit, ſi duo ſint fideiuſſores, quorum alter ob minorem ætatem fuerit reſtitutus, an integrum debitū alter ſubire debeat. Et reſpondet his verbis. *Sed ita demum onus alteri totum irrogandum eſt, ſi poſtea minor interceſſit, propter incertum ætatis, ac reſtitutionis.* Dixerat I.C. in verbis antecedentibus, eum qui vnà cum muliere fideiuſſit, quæ S.C. exceptione vtatur, totum debitum ſoluere, *cum ſcire potuerit, aut ignorare non debuerit, mulierem fruſtra intercedere*, & ideò idem videbatur dicendum in eo, qui vna, cum minore intercedit propter beneficium reſtitutionis, quod minoribus conceditur. Contrarium tamen ſcribit I.C. quia culpa creditori non poteſt imputari *propter incertum ætatis, ac reſtitutionis*, quia ſcilicet multoties incertum eſt, an ille, qui minor eſt, imperfectæ ætatis ſit propter habitum corporis, & quia incertum eſt, an reſtitutionem in integrū ſit obtenturus.

Ergo vt minor reſtitutionem obtineat aduerſus fideiuſſionem, debet probare, ſe fuiſſe circumuentum, nec ſufficit probare læſionem, quam fideiuſſio ſecum affert, quia tunc non eſſet incertum, an reſtitutionem obtenturus ſit.

6 At dices, incertitudo in hoc conſiſtit, quia poteſt probari, minorem iuſta ex cauſa, & prudenter fideiuſſiſſe, vt ſcribit Odd. *de reſtit. in integr. q. 54. nu. 10.* quæ res beneficium reſtitutionis auferret. Non rectè, quia non id, quod accidit interdum, ſed quod venit ex natura rei, inſpiciendum eſt in propoſito, & ideò licet multis ex cauſis mulier priuetur exceptione S.C. *vt in l. 4. 5. & 6. ff. ad S.C. Vell. & in alijs pluribus locis*, tamen imputatur ei, qui vna cum muliere fideiuſſit, quia ipſa ex natura rei ſe defendere poterat, nec aliquid aliud probare cogebatur, quod rem incertam redderet.

7 Tertiò, pro hac ſententia vrget regula *l. quod ſi minor 25. §. 1. ff. de minorib.* Agit I.C. ex profeſſo, quando ſit concedenda reſtitutio minori, & firmat regulam, vt reſtitutio ei cōcedatur, oportere, quod minor fuerit circumſcriptus manifeſtè, aut valdè negligenter fuerit in ea re verſatus, propterea I.C. *in l. ait Prætor 7. in princ. ff. de minorib.* poſtquam enumerauit actus, in quibus minor obtinet reſtitutionem, ait. *Vt captus eſt ei ſuccurritur.* Si ſatis eſſet læſio fruſtra verba prædicta poſita fuiſſent: & ideò ſi prudenter ſe geſſerit minor, non reſtituetur etiāſi damnum ſenſerit. *Nec enim euentus damni reſtitutionem indulget, ſed inconſulta facilitas*, vt ait tex. *in l. verum, §. ſciendum, de minoribus*, ergo non ſufficit probare ſe fideiuſſiſſe, niſi etiam probet, ſe fuiſſe circumuentum, cum homines prudentes fideiubeant

deiubeant interdum, vel quia sine dedecore officiũ huiusmodi recusare nequeunt, vel quia expedit bene merere de eo, pro quo fideiuberet, vel alijs ex causis, quæ inter homines incidere solent; ex quo intelligimus verissimam esse opinionem, quam defendunt Surd. *cons.* 46. *&* *cons.* 87. *num.* 13. Lud. Morott. *cons.* 87. *lib.* 1. iuramentum austerre minori, qui fideiussit beneficium restitutionis, quod etiã firmauit Rota apud Zachium, *de obligatione camerali decis.* 121. *num.* 2. *&* 134. *nu.* 1. & ideò caueas a Sfortia Odd. *d. quæst.* 54. *art.* 8. qui contrarium docet: aduersus quã sententiam pugnat idem Surd. *in cons.* 114. *a nu.* 11. quem sequitur D. Stefanus Gratian. *par.* 2. *Disceptat. Forens. c.* 233. *nu.* 28. *&* 29.

Minor emens rem immobilem cum pacto de retrouendendo sine decreto, an obligetur ex huiusmodi contractu. Cap. XLIX.

1 SI minor aliquid immobile emerit cum pacto de retrouendendo sine decreto, dubitatur, an ex huiusmodi contractu obligetur, consule Bald. *cons.* 416. *lib.* 2. Cagnol. *in l.* 2. *C. de pact. inter empt. & vendit. num.* 148. Tiraq. *de retractu conuentionali, ad finem tituli, num.* 13. *& sequentibus.* Bertrandum *cons.* 12. *lib.* 2. Curt. iun. *cons.* 140. Gozadin. *cons.* 15. *&* 16. Alciat. *cons.* 221. Pinell. *in l.* 1. *par.* 3. *C. de bon. mater.* D. Fachin. *lib.* 2. *c.* 3.

2 Fundamentum sententiæ negatiuæ consistit in regula *l. fin. C. de reb. alien. non alienandis,* et scilicet, cui interdicta est rerum suarum alienatio non permitti pactum cõscribere, propter quod alienari res possit, qua de causa factum est, vt minor, cui aliquid immobile donatum fuit, non possit pasci, vt res certis ex causis redeat ad donatorem, *l. si ad resoluendam, C. de præd. min.* eadem de causa is, qui minori vendidit prædium pascisci non potest, vt res sit sibi hipotecata, quò ad pretiũ fuerit solutum, nisi iudicis decretũ adfuerit, *l.* 1. *§. fi. & l. seq. ff. de reb. cor.*

3 In contrarium verò adducitur, quod in traditione rei suæ potest quis, quod voluerit pactum adijcere, *l. traditionibus* 48. *ff. de pactis,* qua ratione factũ est, vt pactum addictionis in diem, quod minor sine solemnibus fecit, ab eo sit seruandum, *l. si in emptione* 36. *ff. de in diem addiction.* vtque possit sine solemnibus manumittere seruum ea lege sibi donatum, vt manumitteretur, *l. causa* 20. *ff. de manumiss. l. si rogatus* 20. *de manumiss. vindict.*

4 Decisio huius dubitationis ex eo pendet, an pactum de re retrouendenda prius, perficiatur, quam res minoris facta fuerit, si enim post dominium ei quæsitum pactum perficiatur, euidens est ipsum nõ posse subsistere, quia continet alienationem rei minoris, idque clarè docet Vlpian. *in l.* 1. *§. fin. ff. de reb. cor.* dum inquit.

Si minor vigintiquinque annis emerit prædia, vt, quò ad pretium solueretur, essent pignori obligata venditori, non puto pignus valere, nam vbi dominiũ quæsitum est minori, cępit non posse obligari.

5 Si verò dicimus pactum perfici eo tempore, quo res est venditoris, non est, cur de eius validitate suspicemur, cum res ad minorem cum hoc onere peruenerit, quod est illud, quod significat Paulus *in l.* 2. *de reb. cor.* dum tractans speciem, de qua egit Vlp. *in §. antecedenti,* inquit. *Sed hic videtur illud mouere, quod cum dominio pignus quæsitum est, & obligatio ab initio læsit.*

6 Cum autem ex contractu venditionis dominiũ non transferratur, nisi re tradita, *l. traditionibus, C. de pact. l. quoties, de rei vend. §. per traditionem, Inst. de rer. diuis.* euidens est pactum perfici, antequam res minori acquisita fuerit, si ante eius traditionem fuerit factum, vel eo tempore, quo res traditur, tunc ergo sententia aduersa obtinebit, cum post rẽ traditã pactum fuit conscriptum, & hæc sententia summã habet ęquitatem, cũ enim res venditur cũ pacto de retrouendendo, minoris venditur, quã fieret, si liberè veniret, & ideò, admissa contraria sñia minori cum aliena iactura locupletari volenti opẽ ferimus,
7 quod absonum est. Et ex his intelligimus non obstare ea, quę in contrariũ adducta fuere, nam agunt de pactis conscriptis eo tempore, quo res minoris erat, & ideò non pertinent ad eas res, quæ cum hoc onere ad minorem peruenerunt, *l.* 1. *&* 2. *ff. de reb. cor. l. si in emptionem* 36. *ff. de minor.*

8 Et quod pertinet ad hipothecam, de qua *in l.* 1. *§. fin. de reb. cor.* ex eo id euidens fit, quòd cum hipotheca in re sua nõ consistat, *l. neque pignus, ff. de reg. iur.* non potuit antea venditor eam constituere, quã res ad minorem peruenisset, quod disertis verbis significat I.C. dum ait. *Si minor* 25. *annis emerit prædia, vt quò ad pretium solueretur, essent pignori obligata venditori, non puto pignus valere, nam vbi dominiũ quæsitum est minori, cępit non posse obligari.*

9 Eodem modo accipi debet l. ad resoluendam, quod vt cõstare possit, verba eius exscribo, quæ sic se habent. *Si ad resoluendã donationem, quam tu emancipatum te contulerat, minor vigintiquinque annis cautionem ei emisisti, cum huiusmodi scriptura contra S.C. auctoritatem facta sit, non oberit iuri tuo.*

Verbum enim illud *contuleras* relatũ ad illa verba *cautionem ei emisisti,* satis apertè ostendunt minorem emisisse cautionem circa donationem, quam antea ei fecerat pater.

10 Iurisque ratio sic nos textum explicare compellit, quia certi iuris est, pactum resolutiuum contractus cum minore gesti in traditione rei obseruandũ esse, quia hac conditione rem minori venditor tradidit, vide *l. si in emptionẽ* 36 *ff. de minor. l. causa* 20. *de manumiss. l. si rogatus* 20. *ff. de manumiss. viod.* qua de causa, si fuerit aliquid donatũ Ecclesiæ cum pacto resolutiuo, huiusmodi pactio obseruabitur, *c.* 4. *de condit. appos.*

11 Contraria itaque sententia, quæ æquitatem, & iuris rationem euidenter offendit, è foro explodenda erit, quòd si iudex adeò insipiens sit, vt in tanta luce cecutiat, adeas Principem, qui pro sua æquitate pactum conualidabit, *l.* 2. *ff. de reb. cor.*

Fructus pendentes tempore, quo res ex pacto retrouenditur, ad quem pertineant. Cap. L.

1 QVotidiana est quæstio, ad quem pertineant fructus pẽdentes eo tempore, quo quis retrouendit ex vi pacti, rem, quam prius emerat, de qua agunt Cuma. *in l. qui Romæ, nu.* 17. *ff. de verb. obl.* vbi Alex. *num.* 9. Socin. sen. *nu.* 20. Ias. *a nu.* 36. Cagnol. *in l.* 2. *C. de pact. int. empt. & vendit. a nu.* 100. Couar.

lib. 1.

lib. 1. var. c. 15. a num. 6. Rolan. a Vall. lib. 2. conſ. 27. a num. 13. Ioseph. Ludou. deciſ. Peruſ. 79. Theſa. deciſ. 56. Petr. Barboſ. in l. diuortio, in princ. par. 2. a num. 69. D. Fachin. lib. 2. contro. c. 14.

2 In primis autē animaduertendum eſt, hanc quæſtionem diſputari, quando ab initio pretium, quo res retrouenditur, fuit determinatum a partibus, quod notauit Soc. ſen. ad l. qui Romæ, in princ. nu. 22. poſt med. verſ. conſidera, ff. de verb. oblig. & poſt eum Couar. lib. 1. var. cap. 15. num. 17.

Etenim ſi venditio fieri deberet eo pretio quo res valet tempore quo venditur, certum eſt, omnes fructus ad eum pertinere, qui emit, cum enim in æſtimando fundo fructuum pendentium ratio habeatur, iuris ratio non patitur, vt eorum partem aliquam venditor, qui omnium fructuum pretium habuit, conſequatur.

3 Hoc præmiſſo eſ iſtimo, longè melius ſentire eos, qui ad emptorem omnes fructus pendentes pertinere aſſerunt, motus hoc fundamento.

Qui rem certo pretio vendere promittit, omnes eius partes eodem pretio vendere tenetur, vide l. 7. in princ. ff. de except. rei iudic. At fructus pendentes ſunt pars rei, l. fructus pendentes 44. ff. de rei vindicat. l. fin. §. vlt. ff. quæ in fraud. cred. ergo, qui promiſit rem certo pretio retrouendere, etiam fructus pendentes eodem pretio vendere tenetur.

4 Nec dicas, non ſenſiſſe eum, qui retrouendere promiſit, de fructibus, ſed de re nuda, ideò iniquum eſſe aduerſus mentem ipſius fructus in huiuſmodi promiſſione comprehendi.

Quia in primis reſpondeo, immò de hoc caſu eū cogitauiſſe, cum enim omnes ſoleant in emendo maximè niti, vt meliorem conditionem ſuam reddant, vt experientia docet, & probat tex. in l. 8. C. de reſcind. vend. Si quis promittit quandocunque rem retrouendere, vel intra certum tempus, quacunque tamen anni parte, vtique, niſi craſſiſſimæ Mineruæ ſit, cogitabit de tempore, quo rem pendentibus fructibus venditor recuperare velet, cuicumque enim, vel imperitiſſimo dummodo ſetio rem agat, hoc in mētem veniet, ergo, cum ipſe, nulla facta fructuum exceptione, rem retrouendere promiſerit prædicto pretio, etiam fructus pendentes eodem pretio contineri voluit, ſolent enim homines, dum contrahunt, maximè curare, vt quæ eis nocere poſſunt, explicent, ac declarent.

5 Secundò reſpondeo, non eſſe ferendum promiſſorem, qui cum eius intereſſet explicare, dum promiſit certo pretio rem retrouēdere, an intelligeret de re ſine fructibus, ſi ſimpliciter rem cuius appellatione etiam fructus continentur, retrouēdere promiſit l. quidquid aſtringēdæ, verſ. nec rurſus, ff. de verb. oblig. Veteribus enim placuit contra eum legē contractus exponi, in cuius poteſtate fuerat rem clarius explicare l. veteribus 40. ff. de pact. l. Labeo, ff. de contrahen. empt. nil mirum ergo, ſi in propoſito huiuſmodi pactum in fauorem ementis contra vendentem ſit explicandum, quia vis verborum, non ſatis clarè fructus, quos petit emptor, continet, de quibus ſi promiſſor nō ſenſit, dū rem retrouendere promiſit, ſibi imputet, quòd non explicauerit; & cum in verbis p̄dictis nulla ſit ambiguitas ſignificatioque eorū ſatis ſit, vt totam rem contineat, admitti non debet voluntatis quæſtio, cum nec in vltimis voluntatibus, in quibus longè facilius verba admittunt ex voluntate reſtitutionem, id liceat facere, vide l. ille, aut ille, de leg. 3. & Laderch. conſ. 9. nu. 6. & 7.

6 Non obſtant argumenta partis aduerſæ, quorum primum eſt deſumptum ex Bart. in l. qui Romæ, in princ. num. 5. dum decidit, quod ſi actum fuerit, vt fructus prædij ſint loco vſurarum, ſi ante collectos fructus, debitor ſortem reſtituerit, fructus pendentes diuidi debere pro rata temporis inter debitorem, & creditorem.

Reſpondet ibi Alex. num. 9. id contingere, quia fructus, tunc ſuccedunt loco vſurarum, quæ cum dentur pro rata temporis, quo debitor ſortem penes ſe habuit, non eſt mirum ſi & fructus pro eadem rata habere debeat; ſobrogatum enim ſapit naturam eius, in cuius locum ſubrogatum fuit: in propoſito autem nihil tale proponitur, ideò ex hoc capite hæc quæſtio decidi non poteſt.

7 Secundo loco adducitur doctrina Bar. in l. diuortio, num. 10. in fine, ff. ſolut. matr. dum reddens rationem diuerſitatis, cur vendito fundo, fructus pendentes ſint emptoris, ſoluto verò matrimonio diuidantur inter virum, & vxorē, inquit, id ex eo eſſe, quia venditio ex voluntate ſit, reſtitutio verò dotis ex neceſſitate: ergo ſi venditio fiat ex neceſſitate, vt in caſu noſtro, in ea idem erit, quod in reſtitutione dotis.

Reſpondet P. Barboſ. num. 72. & 73. non rectè Bart. aſſignare differentiam inter venditionem, & dotis reſtitutionem; & re vera ita eſt, nam diuiſio huiuſmodi fructuum ſit, quia iniquum eſſet, maritum fructibus dotis, quæ pro oneribus matrimonij datur, non potiri pro rata temporis, quo onera ſuſtinuit.

8 Addo pro confirmatione huius rei, quòd quando tractatur de diuiſione fructuum, facto diuortio in d. l. diuortio, ff. ſolut. matr. oportet, nos intelligere de diuortio bona gratia vtriuſque coniugis facto: nam ſi inuito marito factum fuiſſet, eiuſque culpa, non potuiſſet maritus petere aliquos ex fructibus dotis pendentibus, cum ipſe teneretur multos ex illis reſtituere, quos præteritis annis perceperat, Vlpian. in fragmen. tit. 6. dum ait. In ea autem, quæ præſens reddi ſolet, tantum ex fructibus iubebitur reddere, quantum in illa dote quadriennio redditur.

Si verò culpa vxoris diuortium factum fuerit, & tunc, quia retentio competebat ob eam cauſam marito portionis dotis, vt eſt apud Vlpian. loco mox allegato, prædictæ fructuum diuiſioni locus, tunc eſſe non poterat, ergo d. l. diuortio, intelligenda eſt de diuortio bona gratia vtriuſque coniugis facto, quæ fuit animaduerſio Cuiacij ad lib. 11. quæſt. Papin. in explicatione d. l. diuortio, col. 2. littera E. verſ. bis addendum eſt; ergo non rectè Bartol. aſſignauit prædictam differentiam inter venditionem, & diuortium, cum ex volūtate viri diuortium fiat, quoties bona gratia ſit.

9 Tertiò adducitur pro eadem opinione huiuſmodi ratio, qua potiſſimè nititur pars aduerſa; æquitatis rationi conſentaneum eſt (ſunt verba D. Fachin.) vt commodi, & incommodi ſit ſumma proportio inter contrahentes; nec vnus commodum dumtaxat habere debet, alter verò incommodum, quare cum venditor in

propoſita

propoſita ſpatio per duas anni partes prætium fundi retinuerit, eoque vti, ac frui potuerit, æquum non eſt, vt etiam fructus huius temporis conſequatur; immò contra æquum eſt, vt emptor, qui rei curam habuit, & ſimul etiam pretio caruit, eius ſaltem temporis commodum ex fructibus recipiat. Atque hæc eſt illa diuiſio pro rata anni ex æquitatis ratione deducta, quæ ſeruanda eſſe videtur, licet aperto iure non caueatur, vt verbis vtar Iuriſconſulti in l. in ſumma, §. quamcunque, ff. de aqu. plu. arc. illa enim interpretatio maximè valere debet, ex qua contrahentium æqualis ſit conditio, l. ſi id, quod, §. fin. ff. de reſcind. vendit. l. penult. in fine, C. com. diuidun.

Reſpondeo, non facilè homines emere prædia cum pacto de retrouendendo eo modo, quo nos loquimur, cum enim ad libitum venditoris res emptori auferri poſſit, & ab initio determinatum fuerit pretium, non expedit emptori in reddendo rem emptam meliorem, quod maximè homines ſagaces appetunt, incumbere, quo fit, vt prudentes homines non ſoleant huiuſmodi contractus inire, niſi valdè lucroſi ſint, & euidenter proficui. Itaque commentitia eſt æquitas, quam obijciunt aduerſarij; quia, qui hoc modo emunt, regulariter loquendo, ſic ſibi prouident, vt ipſis cõtractus vtilis ſit, etiam ſi rem cum fructibus pendentibus reſtituere oporteret; quod veriſſimum eſſe oſtendunt frequentiſſimè lites, quæ ſuper iniuſtitia horum contractuum a venditoribus inſtituuntur, quarum euidens argumentum eſt ingens Reſpõſorum numerus, quæ inter volumina Reſponſorum Iuris de hac ipſa re reddita reperiuntur, hoc eſt, quod aduerſarij ante oculos habere debent, ne pactum huius contractus, qui frequentiſſimè emptori lucroſus, venditorique dãnoſus eſt, inuitis iuris principijs, ſub prætextu æquitatis, iniquiſſimè in damnum vẽditoris exponatur.

10 Secundò reſpondeo, vt æquitati prædictæ locus eſſe poſſit, oportere prius conſtituere, partes de fructibus non intellexiſſe, cum pacti fuerunt, vt res, oblato pretio, quandocunque reſtitueretur. Nam ſi vtrunque de fructibus ſenſiſſe ſupponamus, iuris, æquitatiſque ratio poſtulat, vt pactum obſeruetur, *l. 1. ff. de pact. l. 1. ff. de conſtit. pec.* Idem eſt ſi is, ad cuius fauorem factum fuit pactum, de fructibus ſenſerit, dum ſtipulatur rem, oblato pretio reddi; ſi enim intellexiſſet, ſe non poſſe rem cum fructibus pendentibus recuperare, vel contractum non feciſſet, vel alia ratione ſibi conſuluiſſet; non patitur ergo æquitas, vt contra hunc, qui clarè volũtatem ſuam propoſuit; quique ſic alias non contraxiſſet, ſub prætextu voluntatis promiſſoris, de qua non apparet, verba clara contra eorum vim explicentur.

11 Ergo in propoſito non poteſt allegari huiuſmodi æquitas, quia cum in verbis nulla ſit ambiguitas, non eſt audiendus is, qui aliud contrahentes ſenſiſſe allegat *l. ille, aut ille. ff. de leg. 3.* & ſi audiretur, nõ tamen obtineret, cum enim rem in aſtracto, nulla propoſita particulari circumſtantia diſputemus, voluntatem aliunde, quàm ex verbis contrahentiũ deducere non poſſumus, vel ex legis diſpoſitione, aut ex natura rei, quæ omnia pro nobis pugnant.

12 De verbis oſtendimus, De legis diſpoſitione id probat textus *in l. Iulianus, §. ſed ſi fructus, ff. de act. empt.* dum dicit clari iuris eſſe, re vendita pendentes fructus ad emptorem pertinere; natura quoque rei nobis fauet, quia, vt quis faciat ſuos fructus, non ſufficit ipsũ ſeuiſſe eos, ſiue in ſuo, ſiue in alieno, ſed opus eſt vt illos perceperit, *vide §. qua ratione, §. ſi quis a non domino, Iuſtit. de rer. diuiſ.* Et licet in reſtitutione dotis aliud obſeruetur, *l. diuortio, ff. ſolut. matr.* particularem rationem habet, quam ſupra expoſui, quòd ſcilicet non patitur iuris ratio, vt fructus rei, quæ pro oneribus matrimonij data fuit, ad alium pertineant, quam ad eum, qui onera ſuſtinuit pro rata temporis, quo matrimonium ſtetit, & ſic ſentio, & ſentiendum puto; & ſi iudex eſſem, ſecundum hanc ſententiam pronunciarem.

Libri Primi Finis.

ANTO-

ANTONII MERENDAE
I. V. D. FOROLIVIENSIS
CONTROVERSIARVM IVRIS
LIBER SECVNDVS.

Quid sit lex naturæ ad l. 1. §. huius studij, & ad l. omnes populi, de iust. & iure. *Cap. Primum.*

1 ETIAM si multi præclari viri, tàm ex nostris, quàm ex Theologis, de lege naturę tractauerint, nempè Interpretes *in l. 1. §. huius studij, ff. de iust. & iur.* vbi Cuiac. *potissimum, & in Instit. in tit. de iure naturali, in c. ius naturale, 1. distin.* Albertus Card. Bolog. *in tract. de lege, iur. & æquit. c. 4. cum seqq.* Alex. Turamin. *in tract. de legib.* Connanus *lib. 1. cōmentar.* Ioan. Bolognet. *in l. 1. a nu. 19. ff. de verbor. oblig.* Forcat. *dialogo 37.* Gregor. Lopez. *animaduers. c. 1.* Ant. Fabr. *to. 1. Iurisprud.* Papin. *tit. de iure natur. Principio 1. 2. & 3.* & alij plurimi, quos prætereo, & ad Theologos accedo, qui secuti vestigia D. Thom. *qui de eadem re tractat 1. 2. quæst. 91. artic. 2. & q. 94. per totam,* vberrimè de eadem re ibi egerunt, & in alijs locis, quos iudicauit nouissimè Ioan. de Salas *tractatu de legib. disp. 5. in principio,* qui latè de eadem re per totam illam quæstionem agit; de eadem re tractat etiam Franciscus Suarez *in suo locupletiss. tractatu de legibus, lib. 2. a cap. 5. vsque ad c. 17.* licet (inquam) tot præclari auctores de hac re vberrimè tractauerint, non tamen inutilē futuram esse spero nostram hâc tractationem, multas enim nouas animaduersiones continet, & in ea breuius tota hæc res exponitur, sed rem ipsam aggrediamur.

2 Deus Optimus Maximus, cum hominem creauit, ei proprium finem assignauit, sicut cæteris speciebus, vt scilicet secundum rationem operaretur, eumq́ue rationali natura ornauit, vt ex ea intelligeret, quid rationi cōueniat, qua de causa Dauid Psalmo 4. redarguens illos, qui bona opera omittebât, excusantes se, quòd nemo ipsis indicabat, quæ nam bona opera sint, ait. *Signatum est super nos lumen vultus tui Domine.* Cum enim homo ad imaginem, & similitudinem Dei factus fuerit, vi sua absque alio Præceptore intelligit quid rectum, quid prauum sit.

3 Natura ergo nostra nobis indicat, quid prauum, & quid rectum sit, docetq́ue quemadmodum agere debemus, imperans, vt id, quod rectum est, sequamur, & quod prauum est auersemur; id ergo, quod natura nostra ad obseruandum proponit, non suadendo, sed imperando, lex naturalis est, quia est regula praui, rectique habens omnia prædicata essentialia legis, cumq́ue nobis hæc lex immediatè a natura nostra insinuetur, ac indicetur, non immeritò lex naturalis nuncupatur.

4 His consonat id, quod scribit Cic. *lib. 2. de Inuentione,* dum ait. *Ius naturale est, quod non opinio genuit, sed vis quædam innata inseruit, vt religionem, pietatem, gratiam, vindicationem, obseruantiam,* in eandem sententiam idem Cic. *pro Milone* ait. *Est enim iudices hæc non scripta, sed nata lex: quam non didicimus, accepimus, legimus, verum ex natura ipsa arripuimus, hausimus, expressimus, ad quam non docti, sed facti, non instituti, sed imbuti sumus.* Idem significat Iustin. *in §. singulorum, Instit. de rer. diuis.* dum ius naturale a natura cum ipso genere humano proditum fuisse asserit.

5 Cum ergo lex naturæ sit regula recti, prauique, quam nos natura nostra docet, sequitur rationalem naturam non esse legem naturæ, quia is, qui legem ostendit, ab ipsa lege longè differt.

6 Ex his etiam intelligimus, quid differrant lex naturæ, & conscientia: cum enim conscientia sit passio animi, propter quam lætamur, vel mœremur ob memoriam operum nostrorum præteritorum, sequitur conscientiam esse effectum ex legis naturalis obseruantia, vel inobseruantia manantem, cū enim legi nos paruisse meminimus, lætamur, quia opus bonū fecimus, cū verò legem nos spreuisse recordamur, tristamur; opus enim malū patrauimus.

Vt autem

7 Vt autem intelligas conſcientiã eſſe paſſionem, propter q̃ lętamur, vel męremur memoria operum noſtrorum præteritotum. Audi Cic. de ſeneƈt. dum ait. *Conſcientia bene acta vita, multorumque benefactorum recordatio incũdiſſima eſt.* Et in Orat. pro Sexto Roſcio inquit. *Vnumquemque ſcelus agitat: ſua mala cogitationes, conſciẽtiaque animi terrent.* Idem pro Milone ait. *Magna vis in vtramque partem conſcientia, vt neque timeant, qui nihil commiſerunt, & pœnam ante oculos ſemper verſari putent, qui peccauerint.* Similia apud eundem in alijs eius operibus, leguntur teſtimonia, quæ prætereo, & ad alios me confero. Plautus in captiuis ait.

Nihil eſt miſerius, quam hominis animus conſcius.

Horatius etiam in epiſtol. ad Mecenatem inquit.

Nil conſcire ſibi, nulla paleſcere culpa.

Et his aſſentiẽs Ouidius lib. 1. & 4. Faſtorum canit.

Conſcia mens, vt cuique ſua eſt, ita concipit intra
Pectora pro facto ſpemque metumque ſuo
Conſcia mens recti fama mendacia videt.

Eodem modo SS. Patres conſcientiam accipiunt. Nam D. Auguſtin. ſuper Pſalmo 31. ait. *Conſcientia mala benè ſperare non poteſt.* D. Gregor. Homel. 9. ſuper Ezechiel. *Quid enim prodeſt, ſi omnes laudẽt, conſcientia accuſat.* Iſidor. lib. 2. Soliloq. concordat dicens. *Nulla pœna grauior pœna conſcientiæ vis autem numquàm eſſe triſtis, benè viue, ſecura mens triſtitiam leuiter ſuſtinet. Bona vita gaudium ſemper habet, conſcientia autem ſemper in pœna eſt, namque ſecurus eſt reus animus.*

8 Cum ergo quis meminerit, ſe legem obſeruauiſſe lætatur, męretur autem, cum recordatur, ſe ab ea diſceſſiſſe, quia lumen Diuini vultus, quod ſuper nos ſignatum eſt, efficit, vt lætemur, ſi quando rectè egimus, & męreamur, ſi praua opera patrauimus, & hæc eſt ratio, cur D. Aug. lib. 2. de ſermonibus Domini in Monte c. 15. ſcripſerit. *Nullam eſſe animam, qua ratione vti poſſit, in cuius conſcientia non loquatur Dominus.* Eadem de cauſa D. Paulus ad Rom. 2. inquit. *Cum enim gentes, quæ legem non habent, naturaliter, quæ legis ſunt, faciunt, hi legem non habentes, ipſi ſibi ſunt lex, qui oſtendunt opus legis ſcriptum in cordibus ſuis conteſtante conſcientia ipſorum.* Cum enim homines huiuſmodi gaudeant memoria operum, quæ egerunt, eſt ipſis conſcientia teſtis, ea recta eſſe, & ſecundum legem; cum Diuini vultus lumen, quod ſuper nos ſignatum eſt efficiat, vt bonorum operum memoria lætemur, malorum autem recordatione triſtemur.

9 Ex dictis etiam intelligimus, quid differat lex naturæ a ſyndereſi, ſeu ſynthereſi, *cũ enim ſyndereſis ſit habitus natura nobis inſitus principiorũ ad mores pertinentium, attẽdens ad leges naturę, eaſque vt ſeruemus inſtigans, reuocans nos a malo,* diſtat a lege naturæ eo modo, quo differt pedagogus ab illis artibus, ad quas diſcẽdas alumnum ſuum incitat, ac hortatus.

10 Ex his etiam ſequitur, legem naturalem differre a participatione legis æternæ, quæ in homine reperitur, ſicut effectus differt a ſua cauſa: ex eo enim, quòd particeps eſt legis æternæ natura hominis, deſcendit ius iudicandi, quid bonum ſit, & præſcribendi regulam viuendi, quæ eſt lex naturæ.

11 Poſtremò ex dictis ſequitur, non omnem rationẽ naturalem legem eſſe, quia multa ſunt, quæ natura ſuadet, ſed non imperat. Vt bene facienti benefaciamus, natura ſuadet *l. ſed & ſi lege, §. conſuluit, ff. de petit. hæred.* Ratio etiam naturalis facit filios ſucceſſores in bonis parentum, *l. cum ratio, ff. de bon. damnator.* dictatque, vt pater teſtando æqualiter bona ſua inter filios diſtribuat, *§. fin. Auth. de nupt.* quę tamen imperari a natura nemo dicit, ergo hæc, cũ ſexcentis ſimilibus, legi naturæ aſcribi nõ poſſunt, cum inter prædicata legis eſſentialia illud ſit, vt habeat vim obligandi *l. legis virtus, ff. de legibus.* Ex quo intelligimus, communionẽ bonorum quæ olim inter homines fuiſſe dicitur ex lege naturę nõ proficiſci, quia naturalis ratio nihil imperauit hominibus circa hanc rem, ſed eam eorum voluntati reliquit, quod optimè admonet D. Thom. *1. 2. q. 94. artic. 5. ad 3.*

12 Hæc ſatis clarè, niſi fallor, eſſentiam legis naturalis detegunt, quæ tamen a Iuris noſtri auctoribus plurimum diſcrepare videntur, nam Vlpian. *in l. 1. §. huius ſtudij, ff. de iuſt. & iur.* & cum eo Iuſtin. *Inſt. de iure nat. in princip.* de iure naturali agens, inquit. *Ius naturale eſt, quod natura omnia animalia docuit* profitendo, ius naturale commune eſſe beſtijs, & hominibus.

13 Hæc difficultas noſtrorum ingenia torquet, dũ volunt excuſare Vlp. & Iuſt. quòd legem naturalem beſtijs communem eſſe dixerunt, variaſque rationes attulerunt, quibus eos defenderẽt, quæ adeò nonnullis diſplicuerunt, vt non dubitauerint palam Vlpianum, & Iuſtin. accuſare, quòd hoc ſcripſerint, quibus me lubenter oppono.

14 Vt autem intelligamus, quæ mens eorum ſit, animaduertendum eſt, illa verba, *Ius naturale eſt, quod natura omnia animalia docuit*, poſita fuiſſe ad declarationem eius, quod paulò ante ſcripſerant Vlp. & Iuſt. ſcilicet, ius priuatum collectum eſſe ex præceptis naturalibus, gentium, & ciuilibus, ergo ius naturale accipiunt pro præcepto naturali: quod enim præceptum naturale appellauerant in verbis antecedentibus, ius naturale in verbis, de quibus agimus, nũcupatur, ergo ius naturale his locis non accipitur pro lege naturæ: largius enim præceptum accipitur, quam lex; nam præceptum apud latinos ſignificat monitum vi obligandi carens, qua de cauſa nomine Præceptoris eos nuncupamus, quorum præceptis adiuti artem aliquam, vel ſcientiam di-
15 ſcimus, & hoc ſenſu Vlpian. & Iuſtin. ius naturale nuncupauiſſe indè manifeſtum fit, quòd ex tribus huius iuris regulis, quas numerarũt, duę ſunt potius monita, quam leges, maris ſcilicet, & fœminæ cõiunctio, liberorumque procreatio, ad hæc enim natura incitat monendo, non imperando, quod ſi ita eſt, non ſunt reprehendendi Vlpian. & Iuſtin. quòd dixerint ius naturæ, hoc eſt monita, & præcepta naturæ eſſe communia beſtijs, id enim verum eſſe reipſa indicat.

16 Neque dicas non ſatis commodè nomen hoc pręceptum ad bruta trahi, quia cum non intelligant, non videntur præceptionis, & admonitionis capacia eſſe, quia facilis reſponſio eſt, magnis exemplis contrarium demonſtrari poſſe, & primò Sacrarum litterarum; in principio enim Geneſis non ſemel legimus, Deum præcepiſſe animalibus brutis, immò rebus anima carentibus, quod ipſum legimus Pſalmo 148.

mo 148. in illis verbis. *Præceptum poſuit, & non præteribit*, id ipſum vſurpatum fuiſſe a ſcriptoribus latinis facilè eſt animaduertere ex Petronio, apud quem legitur. *Quidquid in orbe vides paret mihi*. Ex Lucano cum ait. *Legi non paruit Aether*, & apud Senecam in Hercule in illis verbis. *Veruare iuſſi medio in frigore nemus, miſſumque flamen ſtare*. Ex Virg. 1. Georg. dũ dixit. *Iniuſſa vireſcunt gramina*. Et Ouid. lib. 1. Triſt. eleg. 2. ait. *Neſcit, cui domino pareat vnda maris*. & eleg. 3. agens de naui, qua vehebatur, inquit, *Et mecum magno pareat vnda Deo*.

17 At dices hac admiſſa interpretatione, ſequitur Vlp. & Iuſt. defectiuos eſſe, cum legis naturalis nullam faciant mentionem, quæ tamen non erat prætermittenda, quia hæc humanarum legum eſt fons, & origo; reſpondeo eos de hac lege tractauiſſe ſub nomine iuriſgentium: quod enim Vlpia. & Iuſtin. iuſgentium appellant, id eſt lex naturæ, ex qua leges humanæ deriuarunt.

18 Et quò ad Iuſtin. pertinet, colligitur ex deſcriptione iuriſgentium, quam ipſe proponit, quæ ita ſe ſe habet. *Quod verò naturalis ratio inter omnes gentes conſtituit, id apud omnes populos peræquè cuſtoditur, vocaturque iuſgentium, quaſi quo iure omnes gentes vtuntur*. Hæc enim deſcriptio ad vnguem conuenit cum ea, quam legis naturæ propoſuimus numero 1. & ſequentibus, vt non ſit mirandum, ſi huiuſmodi iuſgentium ſoleat etiam naturale appellari, teſte Iuſtin. *in §. ſingulorum, Inſtit. de rerum diuiſ.* quod ipſe fecit *in §. ſed & naturalia quidem iura, eod. tit. de iur. natur.* dum ait. *Sed naturalia quidem iura, quæ apud omnes gentes peræquè obſeruantur, diuina quadam prouidentia conſtituta ſemper firma, atque immutabilia permanent*. Illa enim verba, *quæ apud omnes gentes peræquè obſeruantur*, clarè oſtendũt, Iuſt. non agere de iure naturali, quod dixit beſtijs eſſe commune, ſed de iuregentium, quod dixerat, perçquè apud omnes obſeruari, ergo nomine iurisgentium intelligit de lege naturæ, de qua nos loquimur; hæc eſt enim illa lex, quæ diuina prouidentia apud omnes peræquè gentes conſtituta eſt, & quã Iuſt. ius gentium eſſe docuerat, quia apud omnes peræquè gentes a ratione naturali conſtituta eſt.

19 Ad Vlp. veniamus, eum quoque ſub nomine iurisgentium de iure naturali agere haud difficilè eſt oſtendere, ſi prius verba ipſius recenſebimus, is autem inquit,

Ius gentium eſt, quo gentes humanæ vtuntur, quod a naturali recedere indè licet intelligere, quia illud omnibus animalibus, hoc ſolis hominibus inter ſe commune eſt. Vlpianus ait ius priuatum collectum eſſe ex præceptis naturalibus, gentium, & ciuilibus, cumque præcepta naturalia explicauiſſet ad præcepta iurisgẽtium accedit, itaque dum ait. *Iuſgentium eſt, quo gẽtes vtuntur*, ſubintelligi debet *docente natura*, eo modo, quo dixerat in verbis antecedentibus, ius naturale obſeruari, aliàs valdè defectiuus fuiſſet, quia explicatio, quam iurigẽtium tribuit, iuri quoque ciuili conuenit, vt liquet *ex l. ius ciuile, eod. tit.*

20 quæ expoſitio manifeſtè confirmatur ex exemplis, quæ compilatores poſuerunt in legibus ſequentibus, veluti erga Deum Religio, vt parentibus, & Patriæ pareamus, vt vim, atque iniuriam propulſemus; hæc enim docente natura homines obſeruant, atque cuſtodiunt, quæ expoſitio ex his, quæ in c. 3. infrà habentur valde confirmatur; ibi enim ius gentium a naturali apud iuris noſtri auctores non diſcrepare, immò idẽ ius eſſe luculenter oſtendimus.

De eadem materia. Cap. II.

1 EXpoſuimus quid lex naturæ ſit, & quemadmodum diſtingui debeat a nonnullis, quæ ei proxima ſunt. Nunc agere oportet de quibuſdam dubitationibus quas ſtudioſi iuris ignorare non debent, quarum prima eſt, An lex naturæ vbique eadem ſemper fuerit, futuraque ſit: cumque eam rationalis natura nobis indicet, meritò dicimus, apud omnes homines eodem modo fuiſſe, & eſſe, & futuram eſſe, quia homines eandem participant naturam, quod expreſsè docent Caius *in l. omnes populi, ff. de iuſt. & iure*, & Iuſtin. *in §. 1. Inſt. de iure nat.* dum aiunt. *Quod verò naturalis ratio apud omnes conſtituit, id apud omnes peræquè obſeruatur, vocaturque iuſgentium, quaſi quo iure omnes gentes vtuntur*. Idem ante eos ſcripſit Cic. *lib. 3. de Repub.* vt refert Lactantius Firmianus *lib. 6. Diuin. Inſtit. c. 8.* dum ait. *Nec eſt quærendus Interpres, aut explanatur alius, nec erit alia lex Romæ, alia Athenis, alia nunc, alia poſthac: ſed & omnes gentes, & omni tempore vna lex, & ſempiterna continebit*.

2 Cum autem vim ſuam ex rei ipſius natura hæc lex conſequatur, apud omnes habuit, habet, habebitque eandẽ vim, quod eſt illud, quod docet Ariſt. *lib. 5. Ethic. c. 7.* ibi enim poſtquàm diſtinxit iuſtũ in naturale, & legitimum, declarando quodnã quodlibet iſtorum ſit, ait. *Iuſtum naturale illud eſſe, quod vbique vim habet eandem, & non quia videtur, & non videtur. Legitimum autem, quod a principio quidem nihil refert ſic, an aliter habet, cum verò poſitum fuerit, refert.* Deinde inquit. *Iuſtorum autem ea, quæ ex inſtituto ſunt, & ob vtilitatem, ſimilia ſunt menſuris, non eadem ſunt vbique; non enim omnibus in locis æquales ſunt vini, triticique menſuræ, ſed vbi quidem emunt, maiores ſunt, vbi autem vendunt, minores; ſimili modo, quæ non naturalia ſunt, ſed humana iuſta, non eadem ſunt vbique; nam neque Reſpublica, ſed vna tantum vbique ſecundum naturam eſt ipſa optima.*

3 Non tamen norunt omnes eodem modo vim legis naturalis; Nam cum plurimi ſint craſſiſſimi ingenij, non poſſunt vim legis naturalis pœnitus intelligere, ſed penè ad corticem perueniunt, itaque hi præcepta quædam faciliora huius legis intelligunt, alia verò non aſſequuntur, idem accidit illis, qui maxima excęcati ſunt ignorantia, inter illos etiam, qui ingenio, & doctrina pollent, circa notitiã huius legis, magna eſt differentia; alij enim magis vim eius penetrant, alij minus.

4 Non omnes etiam eodem modo legẽ naturalem obſeruãt; qui enim ſenſuum affectui inſeruiunt, ab huius legis præceptis longiſſimè diſcedunt; cumque conſuetudo naturæ vim ferè adæquet, factum eſt, vt apud quaſdam nationes, apud quas nonnulla peccata contra legem naturalem vſitatiſſima erãt, inualuerit opinio, vt peccata non eſſent, nec legi naturali aduerſarentur, cuius rei exempla ex Barbararum nationum moribus facilè erit colligere. Nulla tamen genus fuit, eſt, aut erit, niſi omnes eius gẽ-

tis ho-

tis homines ex voluntate Dei stulti fiant, quæ omnia huius legis præcepta negligat: illud enim præceptum bonum esse appetendum, & seipsum conseruare, adeò insitum homini est, vt ab eo non separetur, quousque rationis compos est.

5 Quod ergo ait Caius I. C. *in l. omnes populi, ff. de inst. & iure*, & ex eo Iust. *in §. 1. de iure natural.* hoc ius custodiri apud omnes peræquè gentes, & vocari ius gentium, quasi quo iure omnes gentes vtantur, non ad vniuersa præcepta huius legis referendum erit, sed ad aliqua, ita vt sit sensus. Nulla gens est, quæ aliqua huius præcepta non custodiat, omnesque in eo conueniunt, vt aliquam huius legis partem colant, ac venerentur, ideò lex hæc apud omnes custoditur, & vocatur ius gentium, quia omnium gentium lex est.

6 Secunda est dubitatio, an hæc lex mutari possit. Et eam immutabilem esse scripsit disertè Iust. *in §. sed iura quidem naturalia, Instit. de iure naturali.* Cui tamen aduersari videtur Arist. *lib. 5. Ethic. c. 7.* dum ait. *Verum hoc non ita se habet, sed aliquo modo; atque apud Deos quidem nihil vllo modo forsitan est, quod ita se habet; apud nos autem est quidem aliquid etiam natura constans, mutabile, verum non omne; Attamen aliud est natura, aliud non natura. Quidnam eorum, quæ possunt aliter se habere natura cōstat, & quid non, sed lege, ac instituto, si ambo similiter mutari possunt? & ad cætera eadem accomodabitur definitio: Dextera namque manus validior est laua natura, & tamen fieri potest, vt omnes euadāt apti ad vtendum manu sinistra perindè, ac dextra.* & cum Arist. sentire videtur Vlp. dum *in l. ius ciuile, ff. de iust. & iur.* ait. *Ius ciuile est, quod addit, vel detrahit iuri naturali, vel gentium.* & *in l. manumissiones, eod. tit.* dum ait. *Quæ res a iure gentium originem duxit, vtpotè cum iure naturali omnes homines liberi nascerentur, sed postea quam iure gentium seruitus inuasit, secutum est beneficium manumissionis, & cum iure naturali liberi homines appellarentur, iure gentium tria genera esse cœperunt, liberi, & his contrarium serui, & tertium genus libertini.* Admittere enim videtur I. C. seruitutem iuri naturali derogare, quod clarius ipsemet Iust. profitetur *in §. ius autem gentium, Inst. de iure natur.* dum ait. *Bella enim orta sunt, & captiuitates secutæ, & seruitutes, quæ sunt naturali iuri contrariæ.* & *in §. 1. Inst. de iure person.* dum ait, Seruitutem esse cōstitutionem, qua quis contra naturam alterius dominio subijcitur, quod desumptum est ex Florentino I. C. *in l. libertas, ff. de stat. hominum.*

7 Iustiniani verò sententiæ fauere videtur Aristoteles *lib. 1. Rhet. ad Theodect. c. 15. post principium*, vbi ait, legem, quam ipse vocat communem, immutabilem esse, quia ex natura pendet. Eidem opinioni fauet D. Augustinus *lib. 2. de liber. arbitr. c. 5.* dum ait. *In temporali lege nihil est iustum, quod homines ex lege æterna sibi non deriuauerint*, quod fit mediante lege naturali, quæ ex lege æterna fluit. Et eum his consensit Paulus *in l. penul. ff. de inst. & iure*, dum asserit, ius naturale semper æquum, & bonum esse, quod etiam ex Isodoro legitur *in c. ius naturale, in fi. 1. distinctione.*

8 Vt hæc apparens contrarietas, circa quam valdè laborāt nostri, tollatur, animaduertere oportet, ea, quæ a lege naturæ imperantur, vel vetantur, vel per se bona esse, vel per se mala, vel indifferentia.

Per se bonum est, quod intrinsecam bonitatem habet ex natura sua proficiscentem, mala per se sunt, quæ natura sua mala sunt, & praua, prauitate ex rei natura oriente. Indifferentia sunt, quæ ex circumstantijs pendent, quæ positis aliquibus circumstantijs bona sunt, alijs verò positis mala, audi Senecam Epistol. 118. *Id autem medium, atque indifferens vocamus, quod tàm malo contingere potest, quàm bono, tanquàm pecunia, forma, nobilitas*, tunc autem bonitas, vel prauitas non oritur ex natura rei, sed aduenit, & ideò hæc interdum bona sunt, interdum verò mala.

9 Quando lex naturæ imperat aliquid, quod suaptè natura bonum est, cum lex deducatur ex natura rei, perpetuò obligat, quia id, quod suaptè natura bonum est, non potest non esse bonum, & ideò cum non possit deficere causa, ex qua lex pendet, nec lex ipsa deficere poterit, exempli gratia, afferre possumus illa præcepta, quibus natura iubet, Deum esse colendum, bonum esse appetendum: neque enim fieri potest, vt Deus non sit colendus, bonumque non sit appetendum, illa etiam, quæ lex naturę vetat, quia intrinsecè mala sunt, nunquàm permitti posſunt, quia non possunt non esse mala, malum autem concedi non potest, exempli gratia. Ne mentiaris.

10 Quæ verò non habent intrinsecam bonitatem, vel prauitatem, si lex naturæ imperet, vel vetet, id facit vtique propter prauitatem, vel bonitatē aduenientem eis ex circumstantijs, ergo lex naturæ non perpetuò, sed ad tempus id prohibet, vel concedit, idest quousque prauitas, vel bonitas eiusmodi durauerit, neque enim perpetuum esse potest, quod aduentitium est, & separationem recipit, & huius generis sunt, homines esse liberos, neminem esse occidendum, neminem locupletari cum aliena iactura, & pleraque alia legis naturalis præcepta. Cum enim bonum interdum sit, aliquos homines esse seruos, malos nempè, vtique homines esse liberos non est intrinsecè bonum, occidere etiam homines non est intrinsecè malum, nam interdum secus est, vt accidit in hominibus magnorum criminum culpa inquinatis, & in illis, qui vitæ nostræ insidiantur, necnon in illis, qui hostes sunt. Aliquem etiam cum aliena iactura locupletari non est semper malum, quid si enim id Reipublicæ prosit? qua de causa dicitur ob bonum publicum præscriptionem fuisse repertam *l. 1. ff. de vsucap.* idem est, cum de rebus hostium agimus *l. 1. ff. de acq. possess. §. item ea, Inst. de rerum diuis.*

11 His expositis, facilè est, rem hanc nostram clarissimè, & solidissimè explicare, animaduertendo, dupliciter legem mutari posse, verè scilicet, & apparenter. Verè lex mutatur, quoties durante causa, propter quam fuit lata, contra id statuitur, quod in lege continetur; apparenter verò id fit, quoties cessantibus causis, quibus lex innititur, statuitur aliquid contra id, quod in ipsa lege continetur: tunc enim lex verè nō mutatur, quia dispositio legis huc se non extendit: lex enim cessat quoties deficit bonitas, vel prauitas materiæ, cui ipsa innixa est *l. adigere, §. quamuis, de iure patron.*

12 Dicimus ergo legem naturæ esse immutabilem,

ſi loquantur de mutatione vera: hæc enim legi naturali applicari nõ poteſt, quia natura rationalis, propter participationem legis æternæ optimè omnia determinat, ita vt qui melius ſe facere poſſe confidit, ſibi nimium arroget, eas verò, qui legi naturæ mutationem tribuunt, agere de mutatione apparenti, & quæ vera mutatio non eſt, & hoc ſenſu loqui Ariſt. *lib.5. Eth.c.7.* ex eo euidens eſt, quòd ait naturale iuſtum, per ſe iuſtum eſſe: ſi enim veram mutationem circa hoc ius Ariſtot. admitteret, vtique admitteret id, quod per ſe iuſtum eſt eo tempore, quo eſt iuſtum, iniuſtum fieri poſſe, quo nihil indignius tanto viro dici poteſt, eodem ſenſu loquuntur Vlp. Florentinus, & Iuſt. dum aiunt, iuri naturali ſeruitutem aduerſari, manifeſtum enim eſt, ſeruitutem ratione naturali ſuadente introductam fuiſſe, vt hoſtes capti non occiderentur, ſed ſeruarentur, teſte Iuſt. *Inſt. de iur. perſ. §.1.*

13 Eodem ſenſu loquitur Vlp. dum ait, *Ius ciuile eſſe illud, quod addit, vel detrahit iuri naturali, vel gentium*, quotieſcumque enim ob aliquas particulares circumſtantias quid aliqua gens decernit aduerſus legem gẽtium, ei detrahere dicitur etiam ſi re ſubtiliter conſiderata, lex naturalis illhuc vires ſuas nõ extenderet, rem ſcilicet ſecundum corticem conſiderando, vt plerique hominum faciunt.

14 Qua diſtinctione, & explicatione adhibita, facilè erit omnia argumenta diſſoluere, quæ afferri ſolent ab ijs, qui ius naturale mutari poſſe dicunt: cauſam enim tunc ceſſare, ex qua lex naturæ dependet, facilè inueniet, qui rem acutè penetrauerit.

Non omitto autem præcepta naturæ ordinem inter ſe habere, quod ſcire plurimũ refert, vt intelligamus, an lex naturæ mutabilis ſit. quia inferioris ordinis præcepta ſemper intelliguntur, ſi modo ex eorum obſeruatione non lædantur ea, quæ ſunt ſuperioris ordinis. Primus ordo ad ea præcepta pertinet, quæ Deum reſpiciunt. Secundus ea continet, quæ generis humani conſeruationem tangunt. Tertius ad ea ſpectat, quæ ſingulorum hominum bonum complectuntur.

Hæc mea eſt de hac cõtrouerſia ſentẽtia, qui plura ſcire cupit adeat interpretes laudatos in c. antecedenti, num. 1. nec non Io. Azor. *Inſt. moral. tom. 1. lib.6. q.2. & 5.* Paul. Comitul. *in tract. de contractib. par. 1. c.16.* Lud. Molina *de iuſt. to.1. diſput.4. tract. 1.* & Franc. Suarez *de legibus. lib.2. c.13.14. & 15.*

De iure gentium ad l. 1. §. final. & l. omnes populi, de iuſt. & iure, & ad §.1. Inſt. de iure natur. *Cap. III.*

1 QVid ius gentium ſit apud iuris noſtri auctores, & quemadmodum a iure naturali diſtinguendum ſit tractant variè tàm noſtri, quàm Theologi, vt conſtat ex DD. *in l.1. §. fin. & in ll. ſeqq. & in l. ex hoc iure, de iuſt. & iu. in §.1. & in §. ius autem gẽtiũ, Inſt. de iur. nat. in c. ius gentium, 1. diſt.* ex Aret. *in l.1. in princip. ff. de acq. poſſ.* vbi Socin. ſen. *a num. 30. & Soc. iun. a num. 377.* ex Alb. Bolog. *de leg. iure. & æquit.* ex Franc. Conano *lib. 1. commentar.* & ex Fran. Suarez *tract. de legib. lib.2. c.17.18.19. & 20.* & ex Io. de Salas *diſput.2.* & ex plurimis alijs, quos iſti recenſent.

2 Non aliũde autem quid ius gentium ſit apud legum noſtrarum auctores petendum eſt, quam ex ijs locis, in quibus quid ius gentium ſit ex profeſſo explicatur *ex l.1. §. fin. ff. de iuſt. & iur. & ex §.1. Inſt. de iur. naturali.*

Iuſtinianus, ab eo enim exordior, cũ rem clarius expoſuerit, ſic inquit, *Ius autem ciuile a iure gentium diſtinguitur, quod omnes populi, qui legibus, & moribus reguntur, partim ſuo proprio, partim communi omnium hominum iure vtuntur. Nam quod quiſque populus ipſe ſibi conſtituit, id ipſius proprium ciuitatis eſt, vocaturque ius ciuile, quaſi ius proprium ipſius ciuitatis. Quod verò naturalis ratio inter omnes homines conſtituit, id apud omnes populos peræquè cuſtoditur, vocaturque ius gentium, quaſi, quo iure omnes gentes vtuntur.* Hactenus Iuſtin. qui hęc mutuatus fuit a Caio *in l. omnes populi, ff. de iuſt. & iure.*

3 Ius gentium ergo eſt apud Iuſtin. illud, quod ratio naturalis apud omnes peræquè gentes conſtituit, apud omnes inquàm nulla excepta natione: nam, ſi ſecus eſſet perperam dictionibus vniuerſalibus vſus fuiſſet, non ſemel, aut iterum, ſed ter vicibus, quod etiam repetit *in §. ius autem gentium, eod. tit.* nec contrarium indicat id, quod in fine §. legitur, hoc ius gentium appellari, quaſi, quo iure omnes gentes vtuntur: quia in exponendis verborum ætimologijs, dictio quaſi non eſt nota improprietatis, vt ex eodem tex. liquet, dum ait, ius ciuile vocari, quaſi ius proprium ipſius ciuitatis; idem colligi poteſt *ex §. autores, Inſt. de tutel. ex l.2. ff. de except.*

4 Itaque dum ait Iuſt. rationem naturalem iſtud ius conſtituiſſe, non ita accipiendus eſt, vt velit indicare, homines huius iuris inuentores fuiſſe, duce tamen, & inſtigante naturali ratione, ſed ita accipi debet ex ipſamet natura huius iuris æquitas cognoſcatur abſque vllo hominũ inſtituto, quia impoſſibile eſt omnes homines, qui moribus, regionibus, & religione adeò inter ſe diſtant, in legibus aliquibus conuenire, niſi ipſamet natura clarè, & dilucidè eas eſſe iuſtas dictet, & doceat.

5 Huncque ſenſum Iuſtin. fuiſſe, ipſemet duobus in locis declarat *in §. ſed naturalia, eod. tit. & in §. ſingulorum, de rer. diuiſ.* Nam in *§. ſed naturalia*, inquit, *ſed naturalia quidem iura, quæ apud omnes peræquè gentes obſeruantur, diuina quadam prouidentia conſtituta, ſemper firma, atque immutabilia permanent*, ſi enim ius gentium diuina prouidentia conſtitutum eſt, ergo a ratione naturali immediatè fluit, loqui autem Iuſt. de iure gentium indicant illa verba, *quæ apud omnes peræquè cuſtodiuntur*, quibus in explicando iure gentium vſus fuerat in §. eiuſdem tituli, in-
6 ſuper Imperator *in §. ſingulorum*, ait. *Singulorum autem hominum res multis modis fiunt, quarundam enim rerum dominium nanciſcimur iure naturali, quod ſicut diximus appellatur ius gentiũ. Quarundam verò iure ciuili. Commodius eſt itaque a vetuſtiori iure incipere, palam autem vetuſtius eſſe ius naturale, quod cum ipſo genere humano rerum natura prodidit.* Ex his verbis intelligimus Iuſt. ius gentium appellauiſſe in tex. de quo agimus, ad eum enim ſe refert, dum inquit, *quod ſicut diximus appellatur ius gentiũ*, illud ius, quod cum ipſo genere humano rerum natura prodidit, & per conſequens, eum in verbis, de quibus agimus, docere voluiſſe ius gentium ab ipſa ratione naturali

naturali immediatè constitui, quia non consistunt insimul, aliquod ius proditum fuisse cum ipso genere humano, hominesque illud introduxisse.

Ius gentium ergo Iustiniano est illud, quod ipsamet ratio naturalis cōstituit inter omnes homines, quodque cum ipso genere humano proditum fuit; idem ne censeat Vlp. *in d.l.1. §.fin.ff. de iust. & iur.* videamus, is autem sic inquit. *Ius gentium est, quo gentes humanæ vtuntur, quod a naturali recedere facilè intelligere est, quia illud omnibus animalibus, hoc solis hominibus inter se commune est.* Illa verba, *Ius gentium esse, quo gentes humanæ vtuntur*, dupliciter accipi possunt, vniuersaliter, & particulariter. Si primo modo accipiantur, sensus erit, Ius gentium est illud, quo omnes gentes vtuntur. Secundò autē modo accepta, significant Ius gentium esse illud, quod ab aliquibus gentibus obseruatur: hic autem sensus illud habet incommodum, quòd ius gentiū non distingueretur a ciuili: illud enim ius, quod aliquarum gentium proprium est, ius ciuile est, teste eodem Vlp. *in l. ius ciuile, eod. tit.*

7 Vniuersaliter ergo verba prædicta sunt accipienda, cui intellectui fauent primò verba, quibus dicit I. C. hoc ius *hominibus inter se commune esse*, modus enim hic loquendi, significat omnes homines hoc iure vti. Secundò fauet *l. ius ciuile, eod. tit.* quę ex eodem loco desumpta est, ibi enim Vlp. cum dixisset ius ciuile esse, quod addit, vel detrahit iuri naturali, vel gentium, subdit. *Itaque cum aliquid addimus, vel detrahimus iuri communi, ius proprium, idest ciuile efficimus*, cum enim I. C. significet ius naturale, & ius gentium per illud verbum, *Iuri communi*, vtique indicat, in hac parte conuenire ius gentium, & ius naturale, sicut ergo istud ius omnibus commune est, ita & illud erit.

8 Fauet tertiò auctoritas compilatorum, ipsi enim hoc modo Vlpiani verba acceperunt, cum iuri gentium ab Vlp. descriptu ascribant. Religionem, vt patriæ, & parentibus pareamus, vt vim atque iniuriam propulsemus, in his enim pari iure omnes homines vti plusquam manifestum est.

9 Vlpianu igitur ius gētium est illud, quod est omnibus gentibus commune, conuenit ergo cum Iustiniano, vt ius gentium sit illud, quod ratio naturalis inter omnes homines constituit, quia impossibile est, vt aliquod ius non proficiscens immediatè a ratione naturali, omnibus gentibus sit commune, quod indicare voluerunt compilatores, dum huic iuri gentium ascribunt. Religionem erga Deum, vt patriæ, ac parentibus pareamus, vt vim, atque iniuriam propulsemus, hæc enim iusta esse, ratio naturalis absque vlla hominum lege vbique ostendit.

10 Sed his obstare ex diametro videtur Iustin. *in §. ius autem gentium, Inst. de iur. natur.* dum ait. *Ius autem gentium omni humano generi commune est. Nam vsu exigente, & humanis necessitatibus, gētes humanæ iura quædam sibi constituerunt, bella enim orta sunt, & captiuitates secutæ, & seruitutes, quæ sunt naturali iuri contrariæ*, apertè enim Iustin. videtur iuris gentium inuentionem hominibus ascribere.

Vt huius loci sensus germanus aperiatur, meminisse oportet Iustin. in §. 1. eiusdem tituli ex professò de iure gentium tractauisse, & ibi explicuisse rationem, cur sit omnibus hominibus commune, quia a ratione naturali, immediatè fluit. Itaque dū hoc loco ait, *Ius autem gentium omni humano generi commune est. Nam homines vsu exigente &c.* non ita loquitur, vt rationem reddat, cur ius gentium omnibus commune sit, quia sufficienter id fecerat, sed id dicit, vt velut digito ostendat verum esse. Istud ius omnibus gentibus commune esse, arguendo ab effectu, ita vt sit sensus, quod ius gentium commune sit omnibus hominibus, res ipsa ostendit, nam gentes, quę in omnibus ferè discrepant, hoc iure dictante conuenerunt in aliquarum legum approbatione.

11 Huncque esse sensum Iustin. indè liquet, quòd alias mala ratione vsus fuisset ad ostendendum hoc ius omnibus gentibus commune esse, quia licet affirmare potuerit a plerisque ius belli, seruitutis &c. approbari, ab omnibus tamen gentibus recipi, non poterat afferere, quia omnium omninò gentium mores nemo scit.

12 Secundò prædictis obstare videntur ea, quæ habentur *in l. manumissionis, & in l. ex hoc iure, ff. de iust. & iure*, iuri gentium tribui seruitutem, manumissionem, terminorum positionem, & omnes penè cōtractus, hæc enim ab hominum institutis prodire constat.

Respondeo iuri gentium duplici modo posse aliqua ascribi. Primò, si immediatè ab hoc iure fluxerint. Secundò, si ex principijs huius iuris fuerint ab hominibus deducta, probatur hæc distinctio *ex l. 1. & seqq. ff. de acq. rer. dom. & ex Inst. tit. de rerum diuis. §. singulorum, cum sequentibus*; aiunt his locis Caius, & Iustin. aliquarum rerum dominium nos acquirere iure gentium, quòd cum ipso genere humano natura prodidit, aliquarum verò dominos iuri ciuili nos effici, & deindè exponendo exempla eorum, quæ iure gentium acquirimus, numerant eos dominij acquirendi modos, quos duce ratione naturali introduxerunt homines, vt liquet *ex l. 1. in fine, & ex l. 7. & 9. & ex §. item ea, ex §. præterea, ex §. cum ex aliena materia, ex §. litteræ, ex §. si quis a non domino, ex §. thesauros*. igitur apud Caium, & Iustin. idem est modum acquirendi dominij immediatè a iure gentium prodire, & ex principijs huius iuris: hancque distinctionē in eo, de quo agimus compilatores obseruauisse, euidens ex eo est, quod iuri gentium, cui ascribunt religionem, vt patriæ, & parentibus pareamus, etiam ascribunt seruitutem, manumissionem &c. Mala ergo consequentia est seruitus, manumissio, ius belli, &c. iuris gentium sunt, ergo ius gentium ab hominum institutis fuit introductū, quia, vt hæc iuri gentium ascribantur, satis est deducta fuisse ex principijs iuris gentium.

13 Constituamus ergo apud iuris nostri auctores ius gentium esse illud ius, quod ratio naturalis absque vllo hominis instituto, apud omnes peræquè gentes constituit, est ergo apud iuris nostri auctores ius gentium illud, quod apud alios auctores ius naturale nuncupatur, idque apertissimè colligitur *ex l. omnes populi, ff. de iust. & iure*, vbi hæc verba habentur. *Omnes populi, qui legibus, ac moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium iure vtuntur. Nā quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium ciuitatis est, vocaturque ius ciuile, quasi ius proprium ipsius ciuitatis. Quod verò naturalis ratio*

inter omnes homines constituit, id apud omnes peræquè custoditur, vocaturque ius gentium, quaſi, quo iure omnes gentes vtuntur.

Explicat ex profeſſo I. C. genera legum, quibus homines vtuntur, & ait legum alias eſſe omnibus gentibus communes, aliàs verò proprias aliquarum gentium eſſe, quod deſumpſit ex Ariſtot. in Rhet. *lib. 1. c. 10. 13. & 15.* legeſque communes ius gentium appellari, ait, ergo ius gentium naturale ius eſt apud I. C. quia præter legem naturalem, nulla eſt lex, quæ omnibus gentibus communis ſit, & quæ apud omnes peræquè obſeruetur; & quia aliàs defectiuus eſſet, prætermiſiſſet enim legem naturalē, quæ cæterarum legum regula eſt, ac fons.

14 Et apud Caium huius legis auctorem ius gentiū eſſe ius naturale propriè acceptum probatur *ex l. 1. ff. de acq. rer. dom.* quo loci ait. *Quarundam rerum dominium nanſciſcimur iure gentium, quod ratione naturali inter omnes homines peræquè obſeruatur, quarundā iure ciuili, & quia antiquum ius gentium cum ipſo genere humano proditum eſt* &c. Illud enim ius, quod cum ipſo genere humano prodidit natura, nihil aliud eſt, quàm ius naturale propriè acceptum.

15 Ius naturale etiam cum iure gentium confundit Paulus *in l. penult. ff. de iuſt. & iure,* dum ait. *Ius pluribus modis dicitur. Vno modo, cum id, quod ſemper æquum, ac bonum eſt, ius dicitur, vt eſt ius naturale. Altero modo, cum omnibus, aut pluribus, in quaque ciuitate vtile eſt, vt eſt ius ciuile. Nec minus ius rectè dicitur in ciuitate noſtra ius honorarium.* Niſi enim I. C. ius naturale idem, quod ius gentium eſſe putauiſſet, iuris gentium mentionem non prætermiſiſſet.

16 Confunditur etiam ius gentium cū iure naturali *in l. bona fides, ff. de poſit.* cum enim dixiſſet I. C. *Sed eam æſtimemus ad merum ius gētium, an verò cum præceptis ciuilibus, ac prætorijs.* Deinde paucis interiectis, ait. *Si tantum naturale, & gentium ius intueamur ei, qui depoſuit reſtituenda ſunt.*

17 Clariſſimè autem ius gentium eſſe idem, quod ius naturale propriè acceptum probat tex. *in §. ſingulorum, Inſtit. de rer. diuiſ.* vbi ſic ait Iuſtin. *Quarundam enim rerum dominium nanſciſcimur iure naturali, quod ſicut diximus appellatur ius gentium, quarundā verò iure ciuili: Commodius eſt itaque a vetuſtiore iure incipere, palam autem eſt vetuſtius eſſe ius naturale, quod cum ipſo genere rerum natura prodidit.* Cū enim ius naturale propriè ſumptum ſit illud, quod cum ipſo genere humano proditum eſt, quia a naturali ratione proficiſcitur, vtique ius gentium apud Iuſt. idem eſt, quod ius naturale.

Nota autem in ſuperiori libro nullibi Imp. dixiſſe, ius naturale, ius gentium appellari, ſed eum ſolū appellauiſſe ius gentium ius naturale *in §. ſed naturalia, Inſt. de iur. natur.* quo loci ait ius iſtud diuina prouidentia conſtitutum fuiſſe, & ſemper firmum manere, ac immutabile, quod cum ad ius naturale pertinere clarum ſit, nō eſt dubitandum apud Iuſt. idem eſſe ius naturale, ac ius gentium.

18 Et ex his liquidò conſtat commentitiam eſſe diſtinctionem a noſtris frequenter vſurpatam, vt ius gentium aliud ſit primæuum, aliud ſecundarium, cum enim illud ius gentium, quod ſecundarium appellant, poſitiuum ſit, hoc eſt ab hominibus conſtitutum, non poteſt ſub eodem genere proximo poni, ſub quo ponitur ius gentium primæuum, hoc enim naturæ aſcribendum eſſe huius diſtinctionis auctores afferunt, cum dicunt hoc ius, idem eſſe cū iure naturæ propriè ſumpto, vbi que enim diſtinguitur ius, quod a natura fluit, ab eo, quod a hominib. fuit introductum, quia illud poſitiuum, hoc iuſtum per ſe dicitur, vide Ariſt. *lib. 5. Moral. c. 10.* ad eandem diſtinctionem reprobandam alia ex dictis deſumi poſſunt, quæ conſultò omitto.

19 Non omitto autem apud auctores linguæ latinæ ius gentium accipi pro eo iure, quod plurimarum gentium cōſenſu comprobatum eſt, quo ſenſu accipitur ab Iſidoro *in c. ius gentium, 1. diſtinctione,* & hoc ſenſu ius gentium plerunque accipiunt iuris noſtri Interpretes, quem loquendi modum alibi retinuimus, vt nonnullas noſtrorum diſputationes expediremus, quod etſi commodiſſimè fiat, non eſt tamen redigendum ad vnum idemque genus, cum eo iure, quod legum noſtrarum auctores ius gentiū appellant, quia etiā ſi hoc nomine vtrunque rectiſſimè appelletur, diuerſam tamen habent ſubſtantiam: nam ius gentium hoc ſenſu acceptum ab hominibus introductum poſitiuum eſt, ſicut in iure belli, ſeruitutis, manumiſſionis &c. facilè cognoſcitur, & per conſequens non poteſt ſub eodem genere poni, ſub quo ponitur ius gentium a natura conſtitutum, quia ius poſitiuum, & naturale contradiſtingui ſolent, & debent.

20 Hoc ſenſu tamen accipiendum eſt ius gentium, cum quærimus, an teſtamentum, dotis contractus, actio, vt alia prætercam, iuris gentium ſint, an iuris ciuilis, quæ cōtrouerſię, vt ſolidè explicari poſſint, præ oculis haberi debet id, quod ſcribit Iuſt. in §. *ius autem gentium, Inſt. de iure nat.* nihil enim eſt, in quo gentes ferè omnes conuenerint, quod ratione naturali ſuadente, & vſu exigente non fuerit introductum, vt facilè intelliget quicunque dominiorū diſtinctionem, ius belli, ſeruitutem, manumiſſionem, & comertiorum varia genera, acutè conſiderabit. Et de iure gentium hactenus.

De auctoritate veterum I. C. ad explicationem tex. in §. reſponſa Prudentum, Inſtit. de iure natur. *Cap. IIII.*

1 Locus eſt inſignis de auctoritate Iuriſperitorum veterum apud Iuſtin. *in tit. de iur. natur. §. reſponſa prudentum,* cuius verba hæc ſunt. *Reſponſa prudentum ſunt ſententiæ, & opiniones eorum quibus permiſſum erat de iure reſpondere. Nam antiquitus conſtitutū erat, vt eſſet, qui iura publicè interpretarentur, quibus a Cæſare ius reſpondendi datum eſt, qui I.C. appellantur, quorum omnium ſententiæ, & opiniones eam auctoritatem tenebant, vt Iudici a reſponſo eorum recedere non liceret, vt eſt conſtitutum.*

Maxima eſt dubitatio circa poſtrema verba, *vt Iudici a reſponſo eorum recedere non liceret.* Dubitatio verò indè oritur, quòd non modò opinionibus inter ſe diſcordes, quandoque erant prudentes illi veteres, ſed inſuper eos conſtat in ſectas fuiſſe diuiſos, *vide tex. in l. 2. ff. de orig. iur. propè finem, verſ. hi duo, & verſ. ſed Proculi, & Inſt. de rerum diuiſ. §. cum ex aliena, verſ. & poſt multam.*

2 Secūdò cū homines priuati eſſent, affectibuſque ſubiecti,

ſubiecti, inuerisimile eſt tantam ipſis a Principibus auctoritatem fuiſſe conceſſam, vt ex eorum reſponſis iudicia penderent, maxime vero, quia nullus adfertur locus alicuius idonei auctoris, qui huius rei meminerit, quod tamen prætermiſſum fuiſſe, cū res eſſet frequentiſſima, maximeque notanda, non eſt veriſimile: præterea cum plures Iurecōſulti ſemper eſſent, ſi vtraque pars pro ſe reſponſum attuliſſet, quomodo res hæc poterat explicari?

3 Vt his difficultatibus ſe noſtri explicarent, varias interpretationes attulierunt, quarū præcipuas examinabo, deindè meam ſubijciam ſententiam.

Eguinar. Baro in notis ad dictum §. ait non omnes Iureconſultos hanc auctoritatem habuiſſe, ſed eos, quorum opera probauit Theod. Imper. cuius conſtitutio refertur in C. Theod. lib. 1. tit. 4. eius verba hæc ſunt. *Papiniani, Caij, atque Modeſtini ſcripta vniuerſa firmamus, ita vt Caium, atque cęteros comitetur auctorites lectionis, quæ ex omni opere citatur, eorum quoque ſcięntiā quorum ſententias in operib. ſuis miſcuerunt, ratā eſſe cenſemus, vt Sceuolæ, Sabini, Iuliani, atque Marcelli, omniumque quos illi celebrarūt.*

Eandem probant ſentētiam Duar. *ad tit. de leg. prope finem*, Alex. Turam. *lib. 1. de legibus, par. 2. c. 3. num. 57. cum ſequentibus.*

Huic opinioni primò obſtat, quòd auctoritas Prudentum ante Theod. inter partes iuris ciuilis refertur a Papiniano *in l. ius ciuile, ff. de leg. 2.* reſtringi non poſſe videntur verba Iuſt. loquentis de omnibus, quibus reſpondere permiſſum fuerat, ad illas de quibus Theod. conſtit. loquitur.

4 Secundo loco Iacob. Cuiac. *in prioribus notis ad hūc locum*, putauit eum eſſe intelligendū de reſponſis eorum, qui a Principe iuris condendi, & interpretandi poteſtatē accepiſſent, *l. 1. C. de veter. iur. enucl. l. vltima, C. de legib.* ideſt qui a Principe iuris interpretes pronunciati fuiſſent.

Sed obſtant illæmet difficultates, quas ſuprà propoſui, quia illi ipſi, qui Principis auctoritate reſpondebant, ſectas pepererunt, & auxerunt, *vt patet ex d. l. 2. de orig. iuris*, cumque munus egregium eſſet, & honeſtiſſimum, reſpondendi de iure facileque a Principe obtineretur, *vt in dicta l. 2. §. Sabinus*, veriſimile eſt plures ſemper fuiſſe, qui huic muneri vacarent, & ideò in eas adhuc incidimus anguſtias, quas expoſui num. 1. & 2.

5 Tertiò alij dixerunt tunc hanc auctoritatem Iureconſultos fuiſſe conſequutos, cum Auguſtus conſtituit ex eius auctoritate eos reſpondere, vt enim legitur *in l. 2. ff. de orig. iur. §. Maſſurius Sabinus*, ante tempora Auguſti publicè reſpondendi ius non a Principe dabatur, ſed qui fiduciam ſtudiorum ſuorum habebant, conſulentibus reſpondebant. Primuſque Diuus Auguſtus, vt maior iuris auctoritas haberetur, conſtituit, vt ex auctoritate eius reſponderent, & ex hoc tempore peti hoc pro beneficio cępit, huiuſque ſententię fuerunt Silueſter Aldobr. *in d. §. reſpōſa prudentum, in Gloſſ. a Cęſare*, vbi Vult. *nu. 4. & 5.* Cagnol. *in l. 2. nu. 576. ff. de reg. iur.* Iacob. Reuar. *in lib. de auctor. Prudent. c. 14. poſt principium*, & alij quos omitto, ſed hæc opinio non liberat nos ab ijs difficultatibus, quas propoſui, & ideò reiicienda eſt: eam tamen ſequitur Ant. Faber *ad tit. Inſt. de iur. natur. Princip. 9. in fine.*

6 Quarta eſt ſententia Antonij Fabri *coniect. lib. 9. cap. 1. in 2. sol.* tunc demum auctoritatem prædictā reſponſa prudentum habuiſſe, cum nihil conſtitutum eſſet in contrarium; non enim veriſimile eſt vnius I. C. reſponſum potuiſſe aliorum reſponſa ſubuertere: huic ſententiæ obſtare videtur quòd cū plures ſemper eſſent I. C. contingente aliqua ſpetie, de quo veteres nihil ſcripſiſſent, facillimū erat eos inter ſe diſcrepare propter ſectarum diuerſitatem, & ideò cuilibet parti facilè fuiſſet reſponſum alicuius I. C. afferre, quod vbi accidebat, quomodo poterat locum habere quod in noſtro tex. ſcribitur?

7 Quinta ſententia eſt Tiberij Deciani *in tractatibus criminalibus par. 1. lib. 2. cap. 15. num. 6.* Is diſtinguebat ea, quæ I. C. ſcribebant in commentarijs ab illis, quæ reſpondendo opinabantur, in his tex. noſtrum habere locum ait in illis minimè, idem placuit Vult. in explicatione noſtri tex. Hęc opinio nō tollit difficultates ſuprà expoſitas, ideò illam non poſſum ſequi.

8 Sextò Pirrus Alfanus *in l. 1. numer. 115. ff. ſi cert. petat.* tex. noſtrum intelligit, quando I. C. erant aſſeſſores magiſtratus, cum enim ipſi dicebant quid eſſet iuri conſonum, non poterant ab eorum reſponſo recedere.

Subſiſto, nam *in l. 1. ff. de officio aſſeſſ.* in qua auctoritas aſſeſſoris proponitur, nihil tale dicitur, quod vtique omiſſum fuiſſe, non eſt probàbile, cum res ſit tanti ponderis. Deinde omnes, Rectores, immò, & Præfecti Prætorio aſſeſſores habebant *l. non minus 11. C. de aſſeſ.* quo munere functus fuit Paulus, dum Præfectus Prætorio eſſet Papin. *vt in l. lecta, ff. ſi cert. pet.* Prætoreſque etiam Romæ aſſeſſores habebant: & ideò iudicia omnia ciuilia ex arbitrio aſſeſſorum pendere neceſsè erat, quod non eſt probabile, abſurdum enim erat Præfecti Prætorio auctoritatem ex ſui aſſeſſoris auctoritate pendere, maximè quia ad hoc munus non ſummi generis viri, ſed mediocris conditionis homines admittebantur, *l. 2. ff. de offic. aſſeſſ.*

Tandem hæc opinio ex eo conuincitur, quod ſi iuſdicere magiſtratui fuiſſet neceſſe ex aſſeſſoris iudicio, nunquam habuiſſet locum contra magiſtratus edictum, quod quiſque iuris, cum enim propter imprudentiam aſſeſſoris ius nouum magiſtratus ſtatuit, et non nocet *l. 2. ff. quod quiſque iuris*, & tamen cōtra magiſtratus propoſitum edictum fuiſſe *ex l. 1. eiuſdem tit.* clarè patet, & ex legibus ſubſequētibus.

9 Septimo loco Giſanius in explicatione noſtri tex. in fine, dicebat a reſponſis Iureconſultorum iudici recedere non licuiſſe, poſtquam a Iuſt. eorum ſcripta approbata fuerunt, ita vt ea tantum reſponſa iudici ſequi neceſſe ſit, quæ in ff. inſerta fuere. Idē ante eum ſcripſerunt Ferretus *in l. Celſus, de probat.* Rebuff. *in proem. conſtit. Franc. gloſ. 3.*

Non rectè, nam ante Theod. & Iuſt. inter partes iuris auctoritatem prudentum recenſuit Papin. *in l. ius ciuile, ff. de iuſt. & iur.* id quod etiam fecit Cic. *in Topicis.* vide etiam tex. *in l. 2. §. his legibus, ff. de orig. iur. & in §. ita in ciuitate.* Secundò illa verba, *quorum omnium ſententia & opiniones eam auctoritatem tenebant, vt iudici recedere non liceret*, habent relationem ad tempus anteactum, non autem ad illud tempus, quo hæc ſcribebantur, & adeò vniuer-

ſalia

salia sunt, vt non sine incommodo refferri possint ad ea tantum fragmenta, quæ in libris ssorum iussu Iustiniani inserta fuerunt.

10 Octauus est intellectus nonnullorum, qui dicebãt tex. esse intelligendum, vt non liceret quidẽ iudicibus temere a responsis Iureconsultorum recedere, non tamen cõstitutum fuisse vt omninò iudices responsa prædicta sequerentur.

Hæc sententia est contra verba tex. præcisè dicentis iudici nõ licuisse a Iurisconsultorum responsis recedere: aliud enim est statuere, ne iudicibus recedere liceat a responsis, aliud ne temere recedant.

11 Nonò occurrit id quod scribit Alciat. *in l. 1. nu. 40. ff. si cert. petat.* is sic ait loquens de veteribus Iurisconsultis. *Quorum responsa vim legum habebant §. responsa, Institut. de iure nat. cum consulti a iudice ex litigantium voluntate erant l. 3. §. 1. de minor. l. Titius, de act. empt. Vnde plerunque signata responsa Prætoribus ipsis scribebant, quæ litigatores ipsi ad eos defferebant l. 2. §. fin. de orig. iuris.* Idem scripsit ibi Viglius *nu. 61.* dicens, hanc sibi videri communem sententiam, nec ab ea discedit Angel. Spanoch. *ad l. Gallus, par. 2. num. 73.*

Hæc opinio probabilis est, nam iudices in dubijs causis consuluisse Iurisperitos præter rei verisimilitudinem, & locos citatos ab Alciato, probatur ex Agellio *lib. 12. cap. 13.*

Nec obstat Iustin. de omnibus responsis prudentum loqui, quia nõ improbabiliter id negari potest, cum se refferat ad constitutionem, vt patet ex illis verbis, *a quibus recedere non liceret, vt est constitutum*, huius enim constitutionis tenorem, cum non habeamus, non possumus certò affirmare Iustinianum, qui ad illam se reffert, de omnibus prudentum responsis intellexisse.

12 Decima opinio est cæteris, vt mihi videtur, probabilior, vt tunc demum ab opinione Iurisperitorũ iudici recedere non liceret, quoties insimul conueniebant in aliqua re decidenda, quam sentẽtiam excitauit Mar. Salomon. & sicuti fuerũt Mynsing. & Forretus *in dicto §. responsa prudentum.* Pirrus Alfanus *in l. 1. num. 15. ff. si cert. pet.* necnon Conan. *lib. 1. comment. cap. 15. num. 4.*

Hæc opinio conueniens est verbis Iustiniani. Is enim inquit. *Quorum omnium sententiæ & opiniones eam auctoritatem tenebant, vt iudici recedere a responso eorum non liceret.* Omnesque tollit difficultates supra excitatas, & ita rem intelligit, vt iuris, prudẽtiæque ratio postulat; non enim concedendum est iudici, vt a cõmuni peritorũ sensu recedere possit.

Fauet huic sententiæ Papinianus *in l. ius autem ciuile, ff. de iust. & iur.* dum inter partes iuris ciuilis auctoritatem Iurisprudentum reffert. Is enim non de singulorum opinionibus, sed de communi Iurisperitorum sensu intelligendus est. Nil mirum ergo, si iudici ab hoc communi sensu recedere non licuit, cum iuris ciuilis pars esset.

13 Nec te moueat Iustinianum de responsis prudentum agere; quia responsorum appellatione omnes sententiæ, & prudentum opiniones continentur, etiamsi in commentarijs positæ fuerint, vt indicat idem Iustinianus, dum ait, *Responsa prudentum sunt sententiæ, & opiniones eorum quibus permissum erat de iure respondere.*

Neque etiam te turbet, Iurisperitos legum conditores fuisse quandoque appellatos, *vt in l. fin. in fine, C. de legib. in l. si furiosi 26. post princ. C. de nupt. l. nulla 23. in fine C. de procur.* Iustinianumque *in l. 1. §. iubemus, C. de veter. iur. enucl.* scripsisse, *Iurisconsultis auctoritatem conscribendarum, interpretandarumque legum sacratissimi Principes tribuere*, quia id dictum fuit habita ratione ad Principum consuetudinem, qui eas leges, quas facere volebant, prius componi curabant a Iurisperitis, qui ipsis aderant a consilijs; ad eas vitas veterum I. C. descriptas per Riuallium, & Rutilium.

14 Cum autem, illi, qui iudices litigatoribus dabantur apud Romanos, rarissimè periti iuris essent, vt constat ex Cicerone *pro A. Cluentio*, ex Seneca *de benefic. lib. 3. cap. 7. in fine*, ex Agellio *lib. 14. cap. 2. in initio*, ex Cuiac. *lib. 2. cap. 31.* ex D. Ioan. Antonio Bellono antecessore celeberrimo *de mãdata Iurisdic. q. 1. cap. 7. num. 6. 7. & 8. & latius cap. 6. q. 5.* vt plerosque alios prætercam, cum quæstio iuris incidebat, partes, aut iudex aliquem I.C. adibãt, qui responsum signatum ad iudicem transmittebat, *l. 2. §. & vt obiter, ff. de orig. iur.* quia verò causarum patrocinio I.C. non vacabant, nec pecuniam accipiebant pro responsis reddendis, *l. 1. §. an philosophi, ff. de var. & extraord. cognit.* æquo, & bono tenacissimè plerunque inhærebant, quo factũ fuit,

15 vt eorum responsa etiam sine ratione valerent. audi Senecam *lib. 14. epist. 95. Sic quomodo Iurisconsultorum valent responsa, etiam si ratio non redditur*, qua respondendi ratione frequenter vtebatur Sceuola noster, vt ex responsis eius, quæ in libris nostris extant, facile est intelligere, quod etiam alios factitauisse ijdem libri indicant.

16 Valebant autem huiusmodi responsa, hoc est, magnam auctoritatem habebant, non tamen tanti erant, vt omninò ea iudex sequeretur. audi Cic. *pro L. Murena* differentem *deinde vestra responsa, atque decreta, & euertuntur sæpe dicendo, & sine deffensione Oratoris firma esse non possunt.*

17 Quantùm autem Iurisconsulti curarent, ne respondendo leges, aut iuris rationem offenderent, non obscurè insinuat I.C. *in l. non puto, ff. de iur. fisc.* dum ait, *Non puto delinquere eum, qui in dubijs causis facile contra fiscum responderit.* Non aliundè enim delicti suspicio oriebatur, quàm, quia diligenter, vt I. C. munus postulat, rei veritatem non inquirit is, qui dubijs causis facilè contra fiscum respondet.

18 Cum autem Clandius Imp. assidue iuri dicendo vacaret, teste Suetonio *in eius vita, cap. 15.* sub eius imperio I. C. raro consulebantur, quo respexit Seneca in ludo de eius morte ædito, dum ait, *Iurisconsulti è tenebris procedebant, pallidi, graciles, vix habentes animam, tanquam qui tum maximè reuiuiscerent. Ex his vnus, cum vidisset capita conferentes, & fortunas suas deplorantes causidicos, accedit, & ait, dicebam vobis, non semper saturnalia erunt.*

19 Huc etiam respexit Suetonius *in vita C. Cæsaris*, dum *cap. 32.* ait, *De iuris quoque consultis, quasi scientiæ eorum omnem vsum aboliturus, sæpè iactauit, se mehercule facturum, ne quid respondere possint, præter eum:* cum enim ipsemet Imp. vellet iuris ambiguitates exponere, cum I. C. de iure ambiguo consulebatur, nihil aliud respondere poterat, quam cõ-

sulite

fidite Imperatorem, quod elegantissimè exprimût illa verba *ne quid respondere possint, præter eum.* Sicut enim is, qui de iure respondet, ius respondere dicitur, ita qui consultorem ad Imper. reicit, dicitur Imperatorem respondere. Qui pro eo reponunt æquum, sententiam Suetonij currumpunt, nam I. C. æqui, boniq́ue cultores se profitentur, *l. 1. ff. de iust. & iure.*

De propria, ac impropria verborum significatione, & de ea, quæ inter has media est. *Cap. V.*

1 DE propria, & impropria significatione frequens est sermo inter iuris nostri interpretes, multosq́ue hac in re pessimè errare video, rem itaq́ue dilucidè, & solidè exponere conabor.

Significatio verborum, vel est natiua, vel datiua, Bal. *in l. fin. num. 35. C. de her. inst. in l. humanitatis, num. 59. C. de impub. & alijs subst.*

. Natiua est illa, quæ data fuit vocabulo ab eius auctore, diciturq́ue natiua, quòd sit naturalis vocabulo, quo sensu Latini scriptores dicunt natiua coma, natiuũ decus; & hæc significatio pendet a voluntate auctoris vocabuli secundum Arist. *lib. 1. de interpret. c. 2.*

2 Datiua verò dicitur illa, quæ deindè vocabulo addita fuit, nam vt ait Cicero *pro A. Cecinna,* nulla lingua est, quæ possit omnia suis proprijs vocabulis explicare; plura enim sunt negotia, quam vocabula, *l. 4. de præscript. verb.*

3 Cum traditione Baldi conuenit id, quod legitur apud Quintilianũ *lib. 8. c. 3.* dum ait. *Nam cum sint aliorum alia, vt dicit Cicero, natiua, idest quæ significata sunt primo sensu, alia reperta, quæ ex his facta sunt,* id ipsum ad vnguem exprimit, quod Bal. scripsit.

4 Omnis autem significatio verborum, vel est propria, vel impropria, vel media inter propriã, & impropriam, de quibus singillatim agendum est.

5 Antequàm autem de propria significatione agamus, notare nos oportet vnum idemq́ue verbum posse significare *plures res,* & quidem propriè, pro vt rectissimè scripserunt Bart. *in l. omnes populi, num. 58. de iust. & iure.* Bal. *in l. si non speciali, nu. 6. C. de test.* Aretin. *in l. cum lege, post principium, ff. de test.* Alciat. *in princ. lib. 1. de verb. signif.* Curt. iun. *in l. 2. §. creditum, num. 5. ad finem si cert. pet.* Camil. Gal. *de verb. signif. lib. 2. c. 6.* cuius rei exempla plura occurrunt, seruitutis enim verbo propriè personarum rerumq́ue seruitutes significamus. Iuris etiam verbo, non minus propriè significatur lex, quam fiat ars æqui, & boni, ad exemplum Medicinę, quæ non minus propriè artem medendi, & medelam significat.

6 Hucq́ue respexit Quintilianus *lib. 8. c. 2.* dum docet ea, quæ rectè translata sunt propria vocabula dici, idemq́ue significauit auctor ad Herennium dũ lib. 4. inquit. *Propria, quæ eius rei verba sunt, aut esse possunt, qua de loquimur.*

7 Respectu tamen ipsius vocabuli propria significatio est vnica, idest ea, quæ ei primò data est, quo sensu dixit Quintilianus *lib. 1. c. 5. ad finem. Propria verba sunt, cũ id significant, in quod primum denominata sunt:* datiua enim significatio cum aduentitia sit, propria, & genuina vocabuli significatio dici non potest, & ideò, quò ad ipsum vocabulum est vnica significatio propria, vt optimè scribit Iulius Cęsar Scaliger *de causis linguæ latinæ c. postremo.*

8 Quia verò de vocabulis nos non agimus, pro vt sunt vocabula, sed prout res significant, quò respectu plures possunt esse vnius verbi significationes, absq́ue distinctione dicimus vnum, idemq́ue verbum posse plura propriè significare.

9 His præcognitis, quæ nam sint signa cognoscendi propriam significationem, videamus: tres autem modos proponit Bart. *in l. omnes populi, num. 58. de iust. & iure,* definitionem, auctoritatem, ethimologiam.

10 Auctoritate probatur significatio propria, cum legis, aut peritorum testimonio intelligimus aliquã esse propriã significationem vocabuli, quod si lex, id attestata fuerit, aut peritorum consensus res indubitata est, *l. septimo mense, ff. de statu hom.*

11 Sed quid si lex dicat aliquid appellatione alicuius vocabuli contineri, dicemus ne eam de propria significatione testari?

12 Affirmant Bart. *in l. 3. §. 1. num. 2. ff. de postulando.* Socin. *in l. 2. §. & harum, nu. 17. vers. facit, de verbor. signific.* Dec. *in l. 2. §. creditum, num. 3. si cert. pet.* Tib. Decian. *cons. 1. num. 30. lib. 2.*

13 Negant autem hoc sufficere ad indicandam significationem propriam Felin. *in rub. de fide instr, num. 3. in fine, & num. 4.* Ias. *in l. 2. §. & harum, nu. 41. & 42. de verb. oblig. in l. Gallus, §. instituens, num. 12. in 1. lectura, & in 2. num. 5. ff. de lib. & posthu.* & ibi Aretin. *col. 3. vers. non obstant.* Tiraq. *de retract. lignagier, §. 1. gloss. 9. num. 227.* Rota *decis. 225. num. 21. vers. & verbum, par. 2. diuers.* & hanc eandem sententiam probasse videtur idem Bart. *in l. liberorum, nume. 11. in fine, de verb. signific.*

14 Hæc posterior sententia verissima est, siue vim verbi continere inspiciamus, siue vsum nostrarum legum, nam nullibi scriptum legitur per ipsum significari propriam verborum significationem, lesq́ue nostræ eo vtuntur ad significanda ea, quæ ex propria significatione non veniunt.

15 Occurrit autem primo loco textus *in l. appellatione 51. ff. de verb. signif.* dum ait parentum appellatione contineri auum, proauum, & deinceps omnes superiores, hoc enim ex propria significatione non venire probat *l. Iurisconsultus, §. parentes, ff. de gradibus,* vbi gloss. eadem gloss. *in l. 4. §. parentes, littera P. ff. de in ius vocando,* vbi Socin. sen. *num. 2.* Ias. *num. 2. & 4.* Albericus *verbo Parentis appellatione.*

16 Secundò, id probat *l. virilis 145. ff. de verb. signif.* dum ait, virilis appellatione interdum venire totã hæreditatem, hoc enim non venit ex propria significatione, vt bene animaduertit Accurs. quia si hoc esset, non interdum, sed regulariter veniret, & quia virilis exprimit partes æqualiter inter plures factas Paulus *lib. 3. sent. tit. 2.*

17 Huc spectat etiã *l. pali 168. de verb. sign.* dum ait, lignorum appellatione palos, & perticas non contineri, non esse enim hoc ad propriam significationem nominis lignum referendũ illud indicat, quod lignum est genus vniuocum ad palos, & perticas.

18 Eandem assertionem probat *l. satisdationis 61. ff. de verb. signif.* dum inquit, satisdationis appellatione repromissionem interdum contineri, quod pro-

priè

priè dici non poteſt, quia ſatiſdatio, & repromiſſio contra diſtinguuntur, & quia non interdum, ſed regulariter id accideret.

19 Ad idem ſpectat *l. in generali* 80. *de verb. ſignific.* dum ait, In generali legatorum repetitione etiam libertates contineri ex mente legis 12. tab. ſi enim ex vi verborum hoc venit, cur ad mentem I. C. confugit?

20 Poſtremò plurimum facit *l. cæterorum* 160. *ff. de verb. ſignific.* dum ait, cæterorum, & reliquorum appellatione omnes contineri, hoc enim ex propria ſignificatione verbi cæterorum, & reliquorum nō venire ſine dubio eſt apud eos, qui aliquid latinè ſciunt.

21 Secunda dubitatio eſt, an quando lex vtitur verbo Pertinet dicatur atteſtari de proprietate ſignificationis, veluti, cum *in l. hæc verba* 12. *ad leg. Iul. de adult.* dicitur, *hæc verba legis Iuliæ, ne quis poſt hac ſtuprum adulteriumve facito*, pertinere ad eum, qui adulterium ſuaſit. Hoc autem ſatis eſſe, vt conſtet de huiuſmodi ſignificatione ſcribit ibi Bartol. in principio.

22 Cui nullatenus aſſentiendum eſt, quia ſignificatio verbi Pertinet latiſſima eſt, continet enim omne id, quod ad aliquem quomodolibet ſpectat *l. verbum illud, de verb. ſignific.* & ideò licet facere, & ſuadere toto cęlo diſtent, tamen I. C. *in d. l. hæc verba*, dicit ad legem Iuliam loquentem de faciente adulterium pertinere eum, qui illud ſuaſit, ad idem probandum pertinet *l. 1. §. hoc edictum*, iuncta *l. 20. de op. nou. nunt.*

23 Quid de verbo *complectitur* dicemus? an lex, quę eo vtitur de propria ſignificatione atteſtetur? affirmat Tiber. Decian. *conſ. 1. num. 29. lib. 2. per l. 3. ff. de penu legata*, dum ait.

Qui penum legat, quid legato complectatur videamus; & Q. Mutius ſcribit penu legata continere, quæ eſui, potuique ſunt. Ait Decianus promiſcuè vti I. C. verbo contineri, & complecti; paris ergo roboris ſunt, ſicut ergo verbum continere propriæ ſignificationis nota eſt Bart. *in l. 3. §. 1. de poſtul.* ita verbum complecti erit.

24 Ex dictis nu. 13. cum ſequentibus liquet opinionem Deciani falſo niti fundamento, falſumque eſſe verbum complecti hanc vim habere illemet textus non obſcurè inſinuat, dum indiſtinctè admittit legata penu id venire, quod eſui, potuique eſt, ſi enim proprium ſignificatum eius inſpiceremus, ea tantū venirent, quę eſui, potuique in futurum parata fuere, vt per Agellium *lib. 4. c. 1.*

25 Id ipſum inſinuat I. C. *in l. 1. §. hoc edictum, de op. nou. nunt.* dum ait, *hoc autem edictum non omnia opera complectitur*, aliud enim dicendum eſt, ſi propriam verborum edicti ſignificationem inſpicimus, de quibus *in l. 20. eod. tit.*

De eadem re. Cap VI.

1 QVarta dubitatio in eo conſiſtit, an vſus peritorum, æquipolleat atteſtationi, de qua huculque egimus, ita vt valeat conſequentia periti linguæ latinæ ſcriptores vtuntur vocabulo in hac ſignificatione, ergo hæc propria ſignificatio cenſenda erit.

2 Diſtinguo, aut huiuſmodi vſus eſt proprius aliquorum, aut communis pleriſque eorum. Si aliquorum proprius ſit, non eſt idonea nota proprietatis; *Nam, & ſi poteſt videri nihil peccare, qui vtitur iis verbis, quæ ſummi auctores tradiderunt, multum tamen eſſe fert nō ſolum quid dixerint, ſed quid perſuaſerint.* Sunt verba Quintiliani *lib. 1. c. 6. in fine*.

3 Quod ſi plerique peritorum id faciant, tunc plurimum refert, an quandoque, an ſępè huiuſmodi ſignificatione vtantur, ſunt enim ſummi viri, nec velint, nec poſſint ſemper vti proprijs verbis, mala cōſequentia eſt, hoc verbo vtuntur quandoque claſſici auctores, ergo proprium huius rei verbum eſt, vide Quintil. *lib. 8. c. vlt. & lib. 9. c. 1.*

4 Quò ſpectat Cicero dum pro A. Cecinna loquens ait, *Non eſt tanta copia, non modò in lingua Latina, quæ dicitur eſſe inops, ſed nec in alia quidem, vt res omnes ſuis certis, proprijſque vocabulis nominētur.*

5 Cum verò frequenter a peritis aliquod verbum ad aliquid ſignificandum vſurpatur, dubitant DD. an hoc ſit ſatis, vt dicamus eā eſſe ſignificationem propriam: conſule Bart. *in l. Labeo, de ſupellect. leg.* DD. *in Rub. de op. no. nunt.* Gallin. *de verb. ſignif. lib. 4. c. 1. cum ſequentibus.*

6 Ego hac in re ſic diſtinguo, aut res, quæ per verbum, de quo agitur ſignificatur, habet proprium, & peculiare nomen, aut illo caret. Si proprio nomine careat, illud proprium eius eſſe cenſendum eſt, quo a peritis appellari ſolet; ad eos enim ſpectat nomina imponere rebus, idem eſt, ſi nomen aliàs huiuſmodi rei inditum, in vſu eſſe deſierit, licet enim priuati alicuius auctoritate vocabula rerum mutari nō poſſint, *l. 4. in fine, de leg. 1.* peritorum tamen conſenſu id fieri poſſe non ambigitur.

7 Quod ſi huiuſmodi res habeat proprium nomē, illudque retineat, & tunc, aut vocabulum, quo plerunque periti vtuntur ad eam ſignificandam, eſt valdè aptum, aut ſecus eſt. Primò caſu proprium dici debet, iuxta tradita num. ſequenti. Altero verò caſu nequaquā, neque enim veri ſimilitudinem vllam habet, vt rei proprium vocabulum habentis dicatur proprium verbum illud, quod ad eam ſignificandam non eſt ſatis aptum, iuxta ea, quæ mox dicturi ſumus.

8 Secundum ſignum a Bart. propoſitum, quo propria ſignificatio detegitur, nunc explicandum eſt, quod eſt diffinitio, ita Bart. *in d. l. omnes populi, num. 59. de iuſt. & iure*, cui cæteri rectiſſimè aſsēſum præbent: accipitur autem definitio hac in re pro clara, & dilucida rei explicatione, deducitur autem hæc aſſertio ex eo, quod vocabula fuerunt conſtituta ad animi noſtri ſenſa explicandæ, *l. Labeo, ff. de ſuppelect. leg.* Et ideò non eſt ambigendum illa verba, quæ clarè, & dilucidè aliquid exprimunt, eiuſmodi rei propria verba eſſe, quo ſpectat Quintil. *lib. 8. c. 2.* dum ait. *Quare proprietas, non ad nomen, ſed ad vim ſignificandi refertur, nec auditu, ſed intellectu perpenditur.*

9 Hinc Bal. *in l. fin. num. 35. ad finē, C. de hered. inſt.* rectè dixit, propriè loqui eſſe apertè loqui ſecundū materiam de qua agimus, quapropter, dum aliquid nomine ſui generis, aut ſpetiei ſignificamus, proprio vocabulo illud exprimimus, quia ſatis clarè, nomine generis, aut ſpetiei res ſignificantur, quod

cum

cum non accidat, cum nomine totius partes significantur, meritò non assentimur Bal. *in l. maximum vitium, num. 6. C. de lib. praet.* dum docet propriè significari, partem per nomen eius, cuius pars est, nō
10 valet tamen hoc argumentum negatiuè, quia cum nomina sint ad placitum secundum Arist. *lib. 1. de interpr. c. 2.* non rarò accidere videmus nomina fuisse imposita rebus, quae ad eas nobis ante oculos ponendas, non valent.

11 De aetimologia nunc agendum est, an sit nota propriae significationis, quod, vt intelligamus, cauendum primò est, nè confundamus etimologiam, cum deriuatione; secundò etimologias verborum, latinorum obscurissimas esse, vt Varro doctissimus Romanorum testis est *lib. 4. de ling. lat. in princip.* quapropter ridiculi illi sunt, qui in illis conficiendis faciles sunt; tertiò meminisse oportet, nos agere de significatione verborum respectu rerum significatarum, vt monuimus in cap. antecedenti, num. 8.

12 His praecognitis ex intentione DD. qui plurima de hac re scripserunt *in l. 2. §. appellata, ff. si cert. pet. in l. 1. ff. de acq. poss. in princip. Inst. de test. & alibi*, qua de re etiam agit D. Massinius *distinct. vol. 1. c. 7.* rem explico vnica hac assertione.

13 Ita demum vocabulum est proprium rei, cui eius etimologia conuenit, si etimologia non fuerit desumpta ex qualitate alteri rei conueniente, quando enim qualitas huiusmodi pluribus rebus conuenit, vtique non est sufficiens ad ponendum nobis ante oculos rem, de qua agimus, & ideò hoc censeri non debet vocabulum proprium illius rei, iuxta tradita sup. n. 8. & ideò non valet argumentum testatio mentis est, ergo testamentum est, de meo fit tuum, ergo est mutuum.

14 Quando verò desumpta fuit etimologia ex eo, quod alteri non conuenit, euidēs causa est, cur dicamus huiusmodi vocabulo significari rem propriè, cum per expressionem, qualitatis huiusmodi facilè fit intelligere id, de quo agimus, quod cum perrarò fiat, meritò dicimus rarò accidere, vt ex etimologia intelligamus propriam significationem.

15 Cognoscitur praeterea propria significatio ex notitia natiuè significationis vocabuli, cum enim haec proprijssima sit significatio vocabuli, statim, atque eam deprehendimus, illico intelligiums propriè significari quicquid sub eius latitudine continetur, quod est illud, quod DD. intelligunt, dum aiunt, significationem latam vocabuli propriam esse, vt per Alciat. *lib. 1. de verb. significat.* & alij, de quibus Camillus Gallin. *de verb. signific. lib. 2. c. 4.*

16 Natiua autem significatio est illa, quae caeterarum radix est, & fons, ea nempè quam vocabulū in suo sortitum fuit exordio, vt in c. antecedenti, nu. 1. & 2.

17 Ad cognoscendam etiam significationem propriam summā, & praecipuam vim habet intelligere, quo nomine placuerit eam ab initio appellari, hoc enim si cōstiterit, clarum est, vocabulum, quod ei inditum primò fuit, eius proprium esse, quia nominum impositio ad placitum est secundum Arist. *d. c. 2. lib. 1. de Interpret.* nec respiciendum erit, an huiusmodi vocabulum ad alia etiam explicanda vsurpetur, quoniam, cum plura sint negotia, quam vocabula *l. 4. ff. de praescript. verbis*, necesse est vocabula de vna ad aliam rem transferre, de qua re diximus in c. antecedenti a num. 5.

18 Aliam rationem propriae significationis intelligendae proponunt Curt. iun. *in Auth. praeterea, n. 31. C. vnde vir & vxor.* Tiber. Decian. *cons. 1. num. 34. lib. 2.* quando scilicet regulariter verbum in huiusmodi significatione accipitur; quia regula omnes casus sub ipsa comprehensos propriè continet glos. *in l. omnis definitio, de reg. iur.*

19 Quae assertio tunc recipienda est, cum nec loquendi vsus, nec alia ratio efficit, vt regulariter verbum sic intelligatur, neque enim hoc opus esset, si huiusmodi vocabulum proprium esset rei per huiusmodi significationem indicatae.

20 Exposuimus hucusque ea, quae ad significationē propriam intelligendam opportuna visa sunt, de ea nunc agamus, quae impropria appellatur.

21 Antequam autem rem ipsam aggrediamur, illud notandum est, quod scribit Quintil. *lib. 1. c. 5.* dum docet omne vitium orationis excludi, quoties deffendi potest ratio loquendi, qua fuimus vsi, cōsuetudine, auctoritate, vetustate, vel vicinitate virtutū.

22 Consuetudinem appellat Quintilianus vsū peritorum, auctoritatem autem paucorum eruditorum vsum, vt constat ex scriptis ab eodem in capite proximè sequenti propè finem, hoc autem ideò Quintilianus scribit, quia quod exemplo magnorum virorum fit rectè fieri creditur, quotiescunque ergo auctorū iuris nostri exemplo modus aliquis loquēdi deffendi potest, non est, quòd quis veluti improprium sermonem illum redarguat.

23 Vetustate autem improprietas, & vitium ab oratione tollitur, quia summa eius semper fuit apud eruditos veneratio.

24 Vicinitas verò virtutum orationem excusat, cū quis vsus est ijs tropis, aut figuris, de quibus dubitari potest, an rectè fuerint vsurpatae, tunc enim melius est in benigniorem partem id, quod dubium est trahere, vide Quintilianum *lib. 8. c. vlt. & lib. 9. c. 1.*

25 Proponamus nunc regulas cognoscendi improprium sermonem, de quibus Bal. *in l. final. num. 35. C. de hared. instit.* qui imprimis ait improprium sermonem eum esse, qui a proprio recedit, *l. non aliter, §. 1. de leg. 3.* quod est intelligendum, cum quis omissis proprijs verbis vtitur verbis res diuersas significantibus, nec aptis ad id, de quo agitur exprimendum, cum enim mala consequentia, sit non est propria significatio, ergo est impropria, vt infrà nu. 32. cum sequentibus, vtique non est indistinctè verum, eum, qui omittit verba propria, impropriè loqui.

26 Impropriam praeterea Bal. ait esse orationem, quae mentem loquentis non exprimit, nec effectum rei, quia verba facta sunt ad exprimenda animi nostri sensa, *l. Labeo, de suppellect. leg.*

27 Sed quid si in sermone adsit dictio quasi; est nè hoc impropriae significationis signum? ait Bal. loco allegato, quod etiam placuit Bart. *in l. 2. ff. de inoffic. test.* Hoc tamen non est perpetuum, *vt patet ex l. constitutionibus, vbi glos. ff. de act. & oblig. in l. 3. in principio caus. dat. non secuta*, & ex relatis per Tiber. Decianum *cons. 1. nu. 32. lib. 1.* & ideò optimè dixit Dec. *cons. 539. num. 11.* subiectae materiae hanc dictionem inseruire.

28 Quod etiam accidit in verbo Videtur, per illud enim

enim veritatem ſignificari multis iuris noſtris locis probari poteſt ſatis nunc ſit aliquos indicaſſe, nempè *l. ſi quis rem 20. l. interdum 21. §. 1. l. non videtur 2x. l. qui vniuerſas 30. ff. de acq. poſſ. l. Labeo 14. verſ. rem amiſiße, l. Princeps 2. l. bona 49. in fine, l. aliud 71. l. reſtituere 57. l. verbum 82. l. bonæ fidei 110. & l. ſeq. l. quiſquis 116. & l. ſequenti, ff. de verbor. ſignific.*

Eiuſdem farinæ eſt verbum, Intelligitur; nam multis iuris noſtri locis, ea quæ propriè veniunt per hoc verbum ſignificantur, *vide l. minus 32. l. reſtituere 35. l. ſubſignatum, l. dediſſe 75. l. filij 83. l. licet capitalis 103. l. debitor 108. l. ſoluendo 114. ff. de verbor. ſignific.* vt alios plures locos ſimiles prætercam.

29 Et ideò cauendum eſt ab illis, qui verbum huiuſmodi aiunt eſſe ſignum impropriæ ſignificationis, de quibus per Tiraquell. *ad l. ſi vnquã, in verbo ſuſceperit liberos, nu. 7. Surd. conſ. 375. nu. 42. & 43.*

30 Cum verò ſimilia eodem nomine abſque improprietate nuncupentur, vt conſtat ex ſcriptis *in cap. antecedenti a num. 5.* non rectè ſentiunt illi, qui aiunt dictionem perinde, & alias, quæ ſimilitudinem denotant, impropriæ locutionis notam eſſe, vide tex. *in l. ſi deferente 13. quib. mod. pign. vel hip. ſol. & ea, quæ habentur ſupra nu. 21. cum ſequentibus.*

31 Agendum nunc eſt de ſignificatione, quæ media eſt, inter propriam, & impropriam, quam licet veteris iuris noſtri expoſitores non cognouerint, indubitatum eſt eam adeſſe, prout optimè animaduertit Alciat. *lib. 1. de verb. ſignific. in principio.* Tib. Decian. *conſ. 1. num. 39. & 40. lib. 2.* indubitatum inquam *per l. 1. ff. de ſuis & legit.* vbi, cum Vlp. dixiſſet, inteſtatum propriè eum dici, qui cum poſſet teſtari, abſque teſtamẽto deceſſit, ſubdit hęc verba.

Sed & is, qui teſtamentum fecit, ſi eius hæreditas non eſt adita, vel ruptum, vel irritum eſt teſtamentum, inteſtatus non impropriè dicitur deceſſiſſe: niſi enim eſſet medium inter propriè & impropriè loqui, is vtique impropriè inteſtatus diceretur.

32 Huc ſpectat *l. 1. ff. de donat.* dum ait propriam donationem eam ſolummodò dici, quæ liberalitatis gratia fit, & eo animo, vt nunquam ad donatorem redeat, cum enim eas donationes, quæ ob cauſam, vel ſub conditione fiunt frequentiſſimè donationis nomine ſignificẽtur, nõ poſſumus inficiari hoc impropriè fuiſſe dictũ, quod affirmare eſſet ineptire.

33 Pro eadem ſententia plura adferrem argumenta euidentiſſima, ſed nolo ineptus videri eruditis, apud quos nihil eſt, quod æquè exploratum ſit, ac id de quo agimus, cum periti linguę latinæ ſcriptores, qui ab improprio ſermone abſtinẽt, nec velint, nec poſſint ſemper proprijs vti vocabulis, vide ea, quæ ſcripſi ſupra num. 2. & 3. & num. 21. cum ſequentibus, & Quintil. lib. 8. c. vltim. & lib. 9. c. 1.

De vi, & poteſtate argumenti a contrario ſenſu in legibus explicandis. Cap. VII.

1 DE vi, & poteſtate argumenti a contrario ſenſu in legum ambiguitatibus exponendis luculenter agunt Interpetres *in l. 1. ff. de offic. eius*, vbi præcipuè Alex. Iaſ. Decius, Curt. iun. Cagn. Ioan. Bolognettus *in c. cum poſt, de his quæ fiunt a Prælat.* Mant. *lib. 3. de coniect. tit. 15.* D. Fach. *lib. 13. cap. 3. & 7. Euerardus loco a contrario ſenſu.*

2 Non puto è re ſtudioſorum eſſe omnium ſententias exponere, & ideò ijs omiſſis, quid ſentiam aperiam: cum argumento a cõtrario ſenſu in ambiguitatibus, quæ ex legibus proficiſcuntur noſtri vtuntur, alterum oſtendere ſtudent, vel ceſſare tunc deciſionem legis, de qua agunt, vel eſſe obſeruandum contrarium eius, quod in lege, de qua tractant, continentur, vt conſtat ex DD. allegatis, maximè ex Decio *in dicta l. 1. num. 38.* ex Mant. *d. tit. 15.* ex D. Fachin. *d. c. 3.* Itaque manifeſtiſſimum eſt debere eum, qui hoc argumento vtitur oſtendere, cum cõtrario ſenſu verborum concordare mentem legislatoris, verba enim legis non ſunt apta id quod per hoc argumentum probare curamus efficere, niſi cum illis conueniat mens legislatoris *cap. 6. & 8. de verb. ſignif. l. ſcire leges, ff. de legibus*, & in hoc noſtri, nemine quem viderim diſcrepante, conueniũt.

3 Vide DD. *in d. l. 1.* vbi Bart. *num. 16. ante verſum notat* Alex. *num. 40. & 42.* Iaſ. *num. 38. verſ. limita tamen, & verſ. 6. fallit* Decius *num. 56. 57. 59.* Curt. iun. *num. 43.* Rimin. iun. *num. 173.* Alſan. *num. 96. idem agnoſcunt gloſſa in l. apud antiquos, in verbo coniectura, C. de furt.* & ibi Bald. *num. 4.* Salic. *num. 3. prope finem.* Bald. *in l. omnes populi, ff. de iuſt. & iure, verſ. item contra prædicta, nu. 61.* Bald. *in l. conuenticula 15. num. 2. C. de Epiſcopis & Clericis*, & ibi Sal. *nu. 2.* Idem docent alij, de quibus Mantic. *lib. 3. tit. 16. num. 4.* Fach. *lib. 13. c. 4.*

4 Antequam autem rem aggrediar, meminiſſe oportet, legum aliquas eſſe iuſtas per ſe, alias iuſtas eſſe, quia legislator eas ſanxit, quas ſolemus leges poſitiuas appellare, vt exponit Ariſt. *lib. 5. Eth. cap. 6.* Iuſtæ per ſe ſunt leges, quæ vi ſua abſque legislatoris auctoritate quemlibet rectè ratiocinantẽ conuincunt debere fieri, id quod in illis cõtinetur.

Illæ verò non ſunt iuſte per ſe, quæ ſi deſtituantur legislatoris auctoritate, licet poſſint nos mouere, nequeunt tamen vi ſua conuincere nos ad id faciendum, quod in ipſis diſponitur. Inter has aũt ea eſt differentia, quod leges quæ intrinſecam iuſtitiã habent ex Principis poteſtate nõ pendent, id enim quod iuſtum eſt ſuaptè natura per Principem immutari nequit, *§. naturalia, Inſt. de iure nat.*

Illæ verò, quæ ſunt poſitiuæ, poſſunt ad libitum Prĩcipis abrogari, quia eius eſt nolle cuius eſt velle.

5 His expoſitis, dico argumentum a contrario ſenſu non poſſe adhiberi ad interpetrandas leges quæ ſunt iuſte per ſe, quia per iſtud argumentum nihil aliud probatur, quam tunc nolle legislatorem legem obſeruari, vel eum velle contrarium obſeruari, hoc enim nihil valet ad cognoſcendum quando lex iuſta per ſe locum habeat, quia huiuſmodi leges ex voluntate Principis non pendent, ſed ex principijs iuris naturæ, ex quibus vim ſuam mutuantur, & hęc eſt ratio, cur non valeat argumentum a contrario ſenſu, *in l. conuenticula, C. de Epiſcopis & Clericis*, nam hæc lex eſt iuſta per ſe.

6 Agamus nũc de legibus, quę ideò ſunt iuſte, quia ſunt ſancite, cum enim ex voluntate Principis pendeant, non immeritò exiſtimant noſtri earum diſpoſitionem ceſſare, quoties de mente legislatoris contraria conſtiterit, quia verò menti verba ſeruiunt *cap. 6. & 8. de verb. ſignif.* magis de mente ſolliciti eſſe debemus, quã de verbis legislatoris, quia

etiam

etiam si verba casum aliquem contineant, lex tamen deficit, si mens legislatoris defecerit, *l. scire, §. aliud, ff. de excusatione tutorum*, & exponit Arist. *li. 5. Ethicorũ cap.* 10. & confirmat Cic. *pro A. Cec.* Itaquè superfluum erit argumentum a contrario sensu, vbicumque aliter, quam per contrarium sensum constiterit de voluntate legislatoris, quia quomodocumque de ea appareat, lex cessat, etiam si contrarius sensus verborum non allegetur: ergo superfluum semper erit hoc argumentum, quia is, qui eos vtitur, semper aliundè colligit cessare mentem legislatoris.

7 Quod vt, clarius fiat, meminisse oportet, mentem legislatoris colligi, non solum ex verbis legis, sed etiam ex fine ipsius; ex consuetudine, ex opinionibus legislatoris, ex commodis Reipublicæ, ex æquo & bono, ex circumstantijs denique loci, temporis, & personarum, quę omnia cum in vnum conueniunt, nulla potest esse dubitatio, quin deficiat legislatorix mens, si verò non omnia indicent, tunc mentem Principis deficere, ea capienda est interpretatio, quæ verisimiliter videbitur, ea scilicet, quæ ex fine legislatoris deducitur, aut ex eo, quod æquo, & bono conuenit, & ex vtilitate Reipublicæ etiamsi verborum vis aliter suadeat, nam hæc ad mentem legislatoris colligendam plus valere, quam verba non est ambigendum.

8 Itaque cum quis argumentatur a contratio sensu, vt ostendat cum sensu contrario verborum, cōcordare mentem legislatoris, hæc perpendere debet, & examinare. Dum autem hoc fit, aut mentem legislatoris cessare; prædicta indicant, aut non indicant; si indicant, superfluum erit argumentum a contrario sensu, quia sat est deficere mentem legislatoris, absque eo, quod sensus verborum in contrarium conuersus idem suadeat; si verò hæc mentem non cessare arguunt, tunc argumento non poterit esse locus, cum omnes doceant, cum contrario sensu verborum debere coniungi defectum mentis legislatoris, vt supra num. x. & 3.

9 Hancque ratiocinationem effugere non posse nostros, ex eo colligitur, quod ipsi scribunt, hoc argumentum non posse deduci ex verbis narratiuis, vel enunciatiuis, nec ex defectu causæ impulsiuæ, vel vnius ex causis finalibus, aiunt enim debere illud desumi ex illis verbis, in quibus continetur causa finalis, ex qua lex pendet, vt constat ex DD. *in d. l. 1. de officio eius*, vbi Alex. *nu.* 40. 42. 43. Ias. *nu.* 38. Decius 56. & 57. Hippolitus Riminaldus *a n.* 496. Pirrus Alfanus 198. & 201.

Neque enim constare potest argumentum hoc deduci ex verbis continentibus causam finalem, ex qua lex pendet, nisi examinetur: finis, & ratio cur ita Princeps constituerit, quod vbi intellexeris statim constabit, an legislatoris mens eo in casu deficiat, quo intellecto non est opus proponere sensum in contrarium conuersum, quia vbi de mente legislatoris constat nihil aliud quæritur.

10 Insuper constat quemlibet argumentandi modũ habere certã, & determinatã materiã, in qua veluti in suo centro versetur; & per consequens quemlibet locum argumentorum habere vim probandi etiamsi omnes alij loci tunc cessauerint argumentum: ergo a contrario sensu inutile est, quia nullus nostrorum hucusque ostendit ipsum habere specialem materiam, aut ei esse locum, cum nõ potest per aliud argumentum deduci id, quod per illud argumentum probatur.

11 Quod, vt ostendere valeam, moneo argumentũ a contrario sensu necessariò exigere, vt sic verba concepta sint, vt per sensum eorum contrarium id concludatur, quod probare intẽdimus, si enim hoc non esset necesse, malè argumentum a contrario sensu appellaretur.

Hoc præcognito facilè est ostendere nullum adhuc fuisse allatum textũ ex quo colligatur argumẽtum a contrario sensu esse specialem argumẽtandi modum, & quod pertinet ad l. primam, de officio eius, qua potissimum nostri vtuntur, in ea non vtitur I.C. argumento a contrario sensu, vt rectissimè ibi docet Decius *num.* 38. sed aliundè illud colligit, quia insulsè in l. Iulia nominatim cautum esset, licere Prætori ab vrbe discedenti mandatam sibi coerctionem mandare, si regulariter id non esset prohibitum, frustra namque specialiter alicui conceditur, quod omnibus permittitur, ex eodem fonte pendet id, quod habetur *in l. dum lex, ff. de legib.* dum ait. Cum lex in præteritum quid indulget in futurum quidem vetat, si enim in futurũ, id etiam permitteretur, vtique insulsus esset legislator specialiter id in præteritum indulgendo.

12 In eo autem hoc argumentum ab argumento a contrario sensu distat, quòd ex re ipsa, non ex verborum figura, colligitur, quia statim, atque quis ostenderit legislatorem velut iure singulari aliquid specialiter concedere statim probat in cæteris secus esse, quomodocumque concepta sint verba legis, quia aliàs insulsus fuisset, concedendo specialiter, quod iure communi fieri poterat, ideò autem dixi necesse esse ostendere, velut iure singulari legislatorem id concessisse, quia interdum alicuius casus mentio fit ratione frequentioris vsus, quod vbi accedit argumentum nõ procederet, quia quod legislator frequentioris vsus causa exprimit, non restringit legem, vt notant DD. præcipuè Ias. & Ripa *in l. a. ff. de vulg. subst.* cuius rei exemplum est in Auth. *cassa, & irrita, C. de Sacrosanctis Ecclesiis.*

13 Secundo a DD. adfertur *l. qui testamẽto, §. cum, ff. de testamentis*, cum qua concordat *l. ex eo, ff. de testamentis*, bis locis Paulus, & Vlp. colligunt mulieribus regulariter esse ius testimonij dicendi, quia specialiter id vetatur *l. Iulia, de adulterijs*, illis mulieribus, quæ adulterij fuerunt damnatæ.

Sed, vt rectè admonet Decius *in d. l. 1. n.* 28. I.C. bis locis non argumentatur a contrario sensu, sed aliundè, ex eo nempè, quòd legislator insulsus fuisset de muliere adulterij damnata, decernendo specialiter testem esse non posse, si in illis, quæ integræ famæ sunt constitutum fuisset, ne testimoniũ dicerent.

14 Indè etiam deducitur id, quod habetur *in l. per filium 36. §. quindecim, ff. de leg. 3. in l. iuris gentium, §. pactorum, vers. dolo, ff. de pactis.* Hoc autem argumentum differt ab argumento a contrario sensu, quia ex re, non ex cortice verborum deducitur, & ideò non est opus, vt ei sensus verborum in contrarium conuersus suffragetur, cumque hoc genere argumenti vtimur, non quærimus, quomodo verba

concepta sint, sed an voluerit exprimere legislator aliquem casum veluti particularem.

15 Tertiò allegatur *cap. cum Apostolica 7. in fine, de his, quæ fiunt a Prælat.* vbi ex Concilio Lateranensi vetante decimas de manibus laicorum sine consensu Episcopi accipi, colligit S. Pont. cum adsuerit consensus Episcopi id permitti.

Respondeo negando argumento a contrario sensu vti S. Pont. sed alio genere argumenti ex eo deducto, quod insulsè Sacrum Concilium de eo casu, quo abest consensus Episcopi mentionem fecisset, si voluisset indistinctè vetare clericis decimas accipere de manu laicorum: nam vt ex D. Greg. legitur *c. 3. distinct.* 25. quod de vno negatur, consequens intellectus patet, quia de quibusdam conceditur: hoc autem argumentum distat ab argumento a cõtrario sensu, quia ex re ipsa pendet, nec eget verborum adminiculo, quomodocumque enim sese verba habeant, dummodò prohibeatur aliquis casus particularis, rectissimè hoc argumenti genere vtimur, hinc colligendo noluisse legislatorem omnes casus prohibere.

16 Ex eodem genere argumenti pendet id, quod habetur *in l. cum Prætor, ff. de iudicijs, in l. penul. §. penult. ff. mandati, in l. 3. C. ex quibus causis infamia irrogetur, in c. 3. de ætate, & qualitate, in c. compertum, in fine, de regular.* vbi S. Pontifex allegationem partis referens, vocat illud argumentum a contrario sensu, de quibus specialiter non disseram, quia ex dictis facilimè resoluuntur. Huc etiam referendum est id, quod legitur *in l. cum dotem 25. in fine, ff. sol. matr.* eũ scilicet, qui speciali aliquo casu sibi dotem stipulatur, in cæteris casibus eam filiæ reseruare; insulsus enim esset si vellet omni casu dotem ad se reuerti, vnum tantum exprimendo, indè etiam pendet id, quod habetur *in l. inter socerum, §. cum inter, ff. de pact. dot.*

17 Quartò allegatur *l. si ex argentarijs 6. §. ait Prætor, ff. de edendo,* dum inquit. *Prætor ait argentario, eiuè, qui iterum edi postulauerit causa cognita edi iubebo.*

Hæc sunt verba edicti, ex quibus Vlp. colligit Prætorem argentario edi prohibere, idque per argumentum a contrario sensu fieri contendunt, sed non rectè, quia id venit ex vi sensus directi, cum enim argentarius non possit obtinere a Prætore, vt aduersarius edat, nisi causa cognita, sequitur ex natura rei, non autem ex contrario verborum sensu, regulariter prohibitum esse argentario editionem petere, quod enim causa cognita conceditur, regulariter denegatur, quia is, cui regula fauet, habet fundatam intentionem ex vi ipsius regulæ absque alterius rei adminiculo, vt probat *lex 1. de reg. iur.* & ibi notãt DD. quam differentiam agnoscit Cur. iun. *in d. l. 1. num. 59. vers. respondebam.*

18 Differt inquam aliquid colligi per contrarium sensum verborum, vel ex natura ipsius rei illud sequi, quia argumentum a contrario sensu eget verborum adminiculo, neque enim ibi argumentum a contrario sensu inuenitur, vbi quis non vtitur contrario verborum sensu. Insuper hoc argumentum indiget, vt cum eo concordet mens legislatoris, è cõtra argumentum deductũ ex natura rei extrinseco adminiculo non eget, satis enim ei est vis, & potestas ipsius naturæ.

19 Itaque si quis ita argueret contraria, sunt natura cõtraria, ergo semper sunt talia, ergo argumentum a contrario sensu semper valet. Responderi poterit aliud esse quęrere, an cõtrarius sensus sit semper cõtrarius sensui directò, aliud an argumentum a contrario sensu semper valeat: nam, vt suprà probaui, non cessat legis dispositio, nisi mens legislatoris sit, vt tunc cesset lex, vel vt cõtrarium obseruetur, etiã si per sensum contrarium colligatur, tunc legem cessare, & per consequens contrarius sensus suaptè natura non est satis ad efficiendum id, quod quęrimus. Itaque licet ex natura rei sequatur, vt sensui directo semper aduersetur sensus contrarius, attamen non valet consequentia, ergo semper verum erit id, quod exprimit sensus contrarius, quia vt id semper verum sit, non sufficit natura contrariorum, sed requiritur pręterea, vt cũ sensu contrario, concordet mens legislatoris, quod cum non veniat ex natura contrarij sensus, non semper accidit mentem cum sensu contrario concordare.

20 At dices colligas argumentum a defectu causæ finalis, & semper concordabit cum contrario sensu mens legislatoris.

Hæc obiectio, quæ incidit in opinionem Petri Bellaperticæ, quem refert Bald. *in l. conuenticula, nu. 1. C. de Episc. & Clericis,* dum dicebat argumentum a contrario sensu rectè sumptum a defectu causæ finalis semper valere, ex eo corruit, quòd frustra vtimur argumento a contrario sensu, ad probandũ legem cessare, vbicumque constat deficere id, ex quo lex pendet, quomodocũque enim id contigerit, satis probatum erit legem cessare, etiamsi non allegetur sensus contrarius. Itaque vel dicendum est hoc argumentum superfluum esse, vel illi locum esse, etiamsi non constet causam finalem, ex qua lex pendet, deficere.

21 Ex rei etiam natura pendet, vt quando testator legatum purè factum sub conditione adimit, sub contraria conditione dari illud censeatur, quod rectè post Castr. & Alex. scripserunt Decius *in d. l. 1. nu. 42.* Alsanus *num.* 148. nam cum testator adimat illud sub conditione vtique non vult illud præstari existente huiusmodi conditione, ergo ex natura rei sequitur, vt illud sub contraria conditione datum videatur, hoc est, si non aduenerit conditio ademptioni adiecta.

22 Cui explicationi non obstant ea, quæ scribunt Hip. Rim. *ibi nu. 371.* & D. Fach. *lib. 13. c. 8.* quia, vt cætera omittam, quæ ipsis obstant, fundamentum eorum non consistit per ademptionem sub conditione factam prius legatum extingui, & nouum factũ videri, quia hoc nec ex natura rei sequitur, nec vlla lege probatur, non ex natura rei, quia cũ satisfiat menti testatoris priori legato addendo conditionem non est, cur dicamus ex natura rei prius legatum extingui. *vide l. 7. & 8. ff. de adim. leg.* nulla etiam lege probatur legatum huiusmodi extingui, immò satis apertè probãt leges nostræ contrarium dũ dicũt, tunc insertam videri conditionẽ legato *l. 7. ff. de adimend. leg.* & dum aiunt illud confirmari per huiusmodi adẽptionẽ, *l. legata inutiliter, vers. pure, ff. de adim. leg.* neque enim verè hoc dici potest, si admittimus priori legato extincto aliud exsurgere.

23 Adeoque clarè hoc probat *l. aliquando 186. ff. de*

cond. &

cond. & dem. vt mirum videatur aliquem repertum fuisse, qui contrarium scripserit, ostendere vult I. C. eo loci, aliquando legatum sub conditione factum esse, & tamen non esse conditionale, & è contra interdum legatum purè factum fuisse, & tamen conditionale esse, quod contingere ait, cum legatum purè factum sub conditione adimitur, hoc enim exemplum non potest esse aptum ad probandum id quod I. C. asserit, nisi dicamus legatum durare, conditionaleque effici, quodque non potest ei esse locus, nisi defecerit cõditio ademptione adiecta, fauent etiam aliæ leges huic opinioni, si rectè perpendantur *l. legatũ 10. ff. de adim. leg. l. quibus 48. §. 2. ff. de cond. & dem. l. si post mortem 71. §. 1. ff. de leg. 1. l. pecuniã 36. ff. si cert. pet.*

Hæc dixisse sufficiat, expecto eruditorum sententiam, neque enim vulgaris interpretes huiusce disputationis scopum attingere valent.

An leges solemniter promulgatæ obligent ante duos menses, ad Auth. vt factæ nouæ constitution. *& an leges reuocantes priuilegia efficaciam habeant, antequàm venerint ad notitiam eius, cuius priuilegium reuocatur. Cap. VIII.*

1 FRequens est disputatio, an leges solẽniter promulgatæ ante duos menses a diæ promulgationis obligent, cum Princeps non expressit tempus, ex quo obligationem huiusmodi incipere voluit. Pendet autem hæc dubitatio ex constitutione, vt nouæ factæ constitutiones, & ideò ad eos tantum Principes pertinet, qui iure Romanorum vtuntur, neque enim in Principum iure Rom. non vtẽtium voluntate explicanda, debent leges Romanæ allegari, de ea autem tractant DD. multis in locis, de quibus Ant. Gabr. *tit. de legib. concl. 4.* Suarez *de legibus, lib. 3. cap. 18.* Salas *eod. tract. disp. 12. sect. 3.*

Pendet inquã hæc dubitatio ex huiusmodi constitutione; plerique enim putant, ex ipsa introductũ fuisse, vt non antea constitutiones ligenr, quàm bimestre elapsum fuerit ab eo die, quo fuerunt publicatæ, & ideò an hoc verum sit videamus.

2 Pro recepta sententia, quam sequitur Cuiac. *in Nouell. 66.* vrgent verba inscriptionis, quæ id ipsum quod quærimus continent, nam in translatione vulgata sic se habent. *Vt factæ nouæ constitutiones post insinuationes earum post duos menses valeant.*

Apud Haloandrum autem sic inscripta est huiusmodi constitutio. *Vt nouæ constitutiones post alios duos menses, quam insinuatæ fuerint obtineant*, quod argumentum vrget plurimum Franciscus Suarez *in suo præstantiß. tract. de legibus lib. 3. cap. 16. nu. 10. cum sequentibus, & cap. 18. num. 1.*

3 Vrgent quod magis est pro hac sententia verba ipsius constitutionis, dum secundum vulgatam editionem, a qua non discedit Haloander, ait. *Si verò non dum in omnibus Prouincijs destinata est, velociter, & eam, & alias, quæ fortè non missæ sunt adhuc, aut etiam post hac comitante Deo a nobis faciendas, mitti nunc, aut mittendus esse, quatenus nostræ constitutiones in Metropolitanis Ciuitatibus fiant, vel faciendæ sint manifestæ. Prouinciarum autem Præsides ipsos mittere eas, & missuros esse per omnes Ciuitates sub vna quaque Prouincia constitutas, vt nullus in posterum sumat occasionem cuiuslibet ignorationis.*

4 Cumque illa verba, *& alias, quæ fortè missæ non sunt adhuc, aut etiam posthac comitante Deo a nobis faciendas mitti nunc, aut mittendas esse*, adeò generalia sint, vt sine manifesta vi nequeant restringi ad leges testamentarias, de quibus ex professò ibi agitur, quod in constitutione dicitur leges non ligare, nisi post duos menses a die factæ insinuationis, ad omnes leges pertinebit.

5 In contrarium verò vrget, quòd Iustinianus restrictè loquitur de quibusdam legibus, ait enim. *Sancimus igitur nostras constitutiones, quæ pro testamentis sunt valere, ex quo in cõmune factæ sunt manifestæ. In Prouincijs autem, ex quo discretè per Metropolitas palam factæ sunt, vel postea factæ fuerint*, &c. *Vt autem apertius adhuc causa declaretur sancimus, si scripta fuerit huiusmodi lex, hanc post duos menses dati ei temporis valere, & in Republica tractari, siue in hac felicissima Ciuitate, siue in Prouincijs post insinuationem sufficienti hoc tempore, omnibus manifestam eam constituere*, &c. *Sic nulli omninò erit declinatio, vt nostram custodiant legem. Non enim volumus deficientium infringi voluntates, omnibus si quidem studemus modis ratas eas constituere.*

Et non multo post idem tractans ait. *Alteram verò Nouellam quæ inter constitutiones post Codicem posita est decernentem, quid filijs relinquatur, valere & in hac felicissima Ciuitate, & in Prouincijs post duos mẽses insinuationis, sicut prædiximus.* Quis enim poterit sibi persuadere Iustinianum, qui plurimis verbis exponere solet causas, quibus motus nouas leges condit, adeò ieiunè constituisse rem tanti momenti, & quæ plerunque non est vtilis, cum pluribus verbis alia non necessaria in hac ipsa constitutione exposuerit?

6 Quid dicendum? aduersus sententiam receptam sentio hac postrema ratione motus, & auctoritate Iuliani antecessoris, qui in Epitome huius constitutionis, nihil aliud inseruit, quam id, quod ad leges testamentarias a Iustiniano editas in ea continetur, neque enim ipse omisisset id, de quo agimus, cum præcipuum id esset, & longè maius.

7 Nec refragantur verba ex aduersò considerata, quoniam in illis nihil aliud continetur, quam, vt nouæ constitutiones in Prouincias mittantur, de hoc autem bimestris temporis spatio, ne verbum quidem, & ideò satis esse non possunt ad nouam legem, in re tanti momenti introducendam, nec ad extendendam constitutionem Iustiniani, quæ restricta fuit ad leges quasdam testamentarias, & hęc est ratio, cur Iulianus in Epitome de Præcepto, quod in his verbis continetur, non meminerit, & cur sic constitutionem inscripserit. *De legibus, quas noster Imperator de ordinatione testamentorum posuit*, & ideò argumentum ex rubrica desumptum corruit, cum hinc appareat olim aliam fuisse huius cõstitutionis inscriptionem, præter quam quod huiusmodi genus argumenti infirmum est, vt constat ex ijs, quæ scripsi in cap. seq.

8 Vtque manifestum fiat leges Ecclesiasticas, statim, ac promulgatæ fuerunt ligare, adferro verba tex. *in c. 1. de postul. Prælat.* dum inquit, *Sed id solum sufficit, vt ad eius obseruantiam teneatur, qui nouerit eam solemniter editam, aut publicè promulgatam*, cum

enim toto cœlo diſtent, aliquem ex eo, quod ſciuerit legem ſolemniter editam, aut publicè promulgatam ad eius obſeruationem obligari, & eſſe neceſſe labi duos menſes ab eo die, quo lex promulgata fuit, apertè nugantur illi, qui hunc textum ſupplẽdo aiunt, eum quidem obligari, ſed ita demum, ſi duo menſes fuerint elapſi.

9 Huc ēt ſpectat *c.1.de conceſſ.prab.lib.6.* dum inquir legem ligare ex eo tempore, quo quis eius ſcientiam habuit, vel ex eo, quod lapſum fuerit ſpatium opportunum ad eius notitiam aſſequendam, hinc enim manifeſtè intelligimus, eum, qui habet notitiam legis, abſque bimeſtris ſpatij lapſu, obligari, aliàs S. Pontifex in magnam culpam incidiſſet, ſic loquendo, vt nullum ex verbis eius appareat inditium eius, quod voluit ſignificare, neque enim vlla ratione deduci poteſt ex verbis S. Põtificis id, quod aduerſarij cominiſcuntur, receptæ tamen ſententię ſe ſubſcripſit Pius IIII. in conſtit. ſuper editione Concilij Tridentini edita, dum ait. *Iure communi ſancitum eſt, vt conſtitutiones nouæ, non niſi poſt certum tempus obtineant.*

Altera dubitatio eſt, an leges reuocantes priuilegia, vt effectum ſortiantur, debeant venire in notitiam eius, cui priuilegium adimitur, hocque neceſſe eſſe multi docent *per l.ſi fortè, de offi. Præſid. l.ſi mandaſſem tibi, ff.mandati,* & ex eo, quod priuilegia fauore digna ſunt, de quibus Salas *d. diſp. 12. ſect. 6.*

10 In cõtrarium eſt veritas, cum enim priuilegium nihil aliud ſit, quàm priuata lex aliquem ex vinculo iuris communis eximens, ſtatim, ac Princeps vult priuilegium ceſſare, illicò ius commune, quod per priuilegium impediebatur, innodat eum, cui priuilegium ademptum fuit, leges enim vi ſua eos, qui exempti non ſunt, continent *l.iura generaliter, C. de legibus.* quicquid ergo agitur virtute priuilegij maneſt, quia deficit poteſtas in agente, & hanc ſententiam ſequitur Suarez *in d.tractat. lib.8. cap.40. à num. 40.*

11 Ad ea, quæ in contrarium allegantur facilè eſt reſpondere, nam ideò valent ea, quæ Præſes geſſit, cum ignorauit ſucceſſorem aduenisse, quia alias ſub fide publica ſubditi deciperentur, *vide l. Barbarius Philippus, ff. de offic. Præfect. vrb. & l. meminiſſe 10. ff. de offic. Proconſ.* quæ ratio licet, quandoque in ſpecie, de qua agimus ſibi locum vindicet, non tamen in vniuerſum in ea ſibi locũ vindicat, & ideò non poteſt eſſe ſatis ad rem tanti momenti, aduerſus iuris rationem introducendam, *l. quod verò, ff. de legib.* maximè quia faciliores eſſe debemus in conſeruandis ijs, quæ fiunt iure ordinario, quam in illis, quæ ex priuilegio facta fuere, *l. eius militis, §. 1. de militar. teſt.*

12 Verba *d. l.ſi mandaſſem,* hæc ſunt. *Si mandaſſem tibi, vt fundum emeres, poſteà ſcripſiſſem, ne emeres, tu antequam ſcias me vetuiſſe emiſſes, mandati tibi obligatus ero, ne damno afficiatur is, qui mandatum ſuſcepit.*

Reſpondeo iuſtam ignorantiam procuratori nõ obeſſe, *§. 1. & §. rectè quoque, verſ. alioquin, Inſt. mãd.* & ideò euidens cauſa eſt, cur dominus procuratori teneatur actione mandati, & cũ non pertineat hæc res ad ſpeciem noſtram, neque enim vlla ſimilitudo eſt inter eum, qui concedit priuilegium, & eum qui aliquid mandat, neque par ratio eſt inter eum, qui ſuſcipit mandatum in gratiam, & vtilitatem alterius, & eum, cui ad proprium commodum priuilegium datur.

13 Quod verò dicitur priuilegia digna fauore eſſe, non conſiſtit, quia per ea ius commune offenditur. *vide l. quod verò, ff. de legib. l. 1. de conſtit. Princ. l. quod conſtitutum, de milit. teſt.* vt alia, quę occurrunt prætermittam.

Rubrica generalior nigro, ſi habeat orationem perfectam, an poſſit allegari ad deciſionem cauſarum. Cap. IX.

1 AN Rubrica generalior nigro, ſi habeat orationem perfectam, allegari poſſit ad deciſionem cauſarum, tractant DD. *in Rub. ff. ſi cert. pet.* Menoch. *lib. 6. præſumpt. 1.* D. Fachin. *lib. 11. controuerſ. c. 67.* Alciat. *lib. 2. Paradox. c. 18.*

2 Affirmant DD. communiter, aduerſus quos pugnant Dec. Alciat. & Menoch. multaque vtrinque argumenta afferruntur, quæ, bona venia dixerim, rem non tangunt.

Pendet hæc dubitatio, an verba Rubricæ ſint cenſenda verba legislatoris, ſi enim id admittimus, nullus ſupereſt dubitãdi locus, quòd ſi id negamus, nulla cauſa eſt, cur legis vim illis tribuamus, niſi quatenus cum lege concordauerint, quatenus enim excedunt terminos legis, priuati hominis verba ſunt.

3 Cum autem non conueniat legislatoris dignitati in volumina leges diſponere, & illis titulos præfigere, non eſt cur credamus verba rubricæ, legislatoris verba eſſe, ſi modò non afferrantur idoneæ huius rei coniecturæ, cũ in ijs, quæ in incerto ſunt, id ſequi debeamus, quod veriſimilius eſt, aut quod plerumque fit *l. in obſcuris, de reg. iur.*

4 At dices poſtquã in volumina leges fuerunt coniectæ, & titulo ornatæ Principi oſtenduntur, qui eas deinde ſua roborat auctoritate. Reſpondeo hoc pendere ex verbis, quibus de approbatione huiuſmodi nobis conſtiterit, hoc enim deficiente, nõ eſt, cur credamus Principem, qui leges ſemel firmauit, iterum eas ſic approbare, vt ea etiam, quæ de nouo compilatores addiderunt, approbauerit, & ſi verba non ſint clariſſima, id nullatenus admittẽdum erit, ſi enim bonum eſſe exiſtimauit vim legis tribuere ſcripturæ compilatorum, cur legi non addidit verba aliqua, quibus id ſignificaretur, quod in Rubrica continetur?

5 Inſuper cum munus compilatorum ſit leges ſactas in ordinem diſponere, cur munus Principis, aut populi ſibi arrogant nouam legem condendo?

Equidem exiſtimo melius eſſe, ſi dicamus, vel compilatoribus è manibus excidiſſe huiuſmodi inſcriptionem, vel imperiti alicuius interpretis opus eſſe, prout in inſcriptione Auth. vt factæ nouæ cõſtitutiones contingit, aliter enim in textu vulgato inſcribitur, ac fiat apud Iulianum, & in textu Græco.

6 Quod ſi agatur de legibus a populo latis, res euidentiſſima eſt, quia licet poſt compilationem populo legantur leges omnes, non habet tamen vllã veri ſpeciem aliquem ex populo exiſtimare à compilatoribus

toribus aliquid noui additum fuisse, de quo populus non fuerit admonitus, & proindè non est, cur putemus populum approbauisse id, quod a compilatoribus additum fuit. Idem iuris in Senatu leges ferrente obtinet.

7 Et ex bis deciditur commodissimè dubitatio, de qua respondit Castr. *cons.*8 2.*lib.*2. extabat statutum hac rubrica inscriptum *filia dotata non succedat*, cumque in verbis statuti ageretur solum de hæreditate auiæ, & matris, dubitatum fuit, an idē esset dicendum in hæreditate patris, propterea qđ in Rubrica videretur etiam hæreditas patris contineri, qua de re præter DD. *in Rub. ff. si cert. pet.* agunt luculenter Aleiat. *lib. 2. Paradox. c.* 18. Menoch. *d. præsumpt.* 1. *lib.* 6. D. Pach. *d. lib.* 1 1. *c.* 68.

Ex dictis inquam colligitur responsio, statutum in illis solum habere locum, quæ in eo nominatim expressi fuerunt, quia populus, cuius consensu statuta confecta fuerunt, in approbatione eius non animaduertit plus esse in Rubrica, qua in nigro, alias iussisset, vt inter verba statuti hoc ēt insereretur, populus enim, qui litium expēsas, & labores, ac incertos euentus iustissimè odit, non patitur ea, quæ verbis claris exponi possunt, ambigua, & incerta manere.

8 His accedit rubricam, de qua agimus, non continere orationem perfectam, eo modo, quo oportet legis sermonem esse, *iuxta l. leges sacratissimæ, C. de legibus, tex. in Auth. de test. in principio*, si enim noluerunt filiam indistinctè successionis incapacem esse, cur dixerūt, Quod mulier dotata nō succedat?

Alterum nos dicere oportet, vel compilatores voluisse, ex Rubro nigrum declarari, vel eos dupliciter peccasse. Primò inserendo legem in inscriptione legis aduersus morem omnium legislatorum. Secundò indistinctè loquendo etiam si indistinctè mulier a successione non excluderetur vllo nobis, vel minimum inditium relicto suæ mentis, & sententiæ, quæ cum indigna sint viris prudentibus, perperam vtique existimant illi, qui putant largius verba rubricæ huius statuti, quàm nigrum patiatur, esse accipienda.

Quod dicitur verba statutorum strictè, & propriè esse intelligenda, quomodò sit accipiendum, & an verum sit. Cap. X.

1 CVm de statutorum interpretatione agitur nihil frequentius in ore DD. est, quàm verba statutorum strictè, & propriè esse accipienda vtunturque auctoritate *l. 3. §. hæc verba, de neg. gest.* quem sensum hæc assertio habeat, & an sit vera videamus.

Significatio verborum est triplex, propria, impropria, & ea quæ media inter has est, vt exposui suprà c. 5. & 6. eam tamen, quæ media est vetustiores iuris nostri interpretes non agnouerunt, vt eo loci ostendi; & ideò apud eos certissima est hæc argumentatio, non est propria significatio, ergo impropria est, non est impropria, ergo est propria.

2 Huncque sensū interpretes habuisse illemet locus, cuius auctoritate mouentur, disertè indicat, dū ait. *Hæc verba, quæ cuiusque, cum is moritur fuerint, gesserit, significant illud tempus, quo quis post mortem alicuius negotia gessit, de quo fuit necessarium edicere: quoniam, neque testatoris iam defuncti, neque hæredis, qui nondum adijt hæreditatem, negotium gessisse videtur.* Neque enim illa verba edicti, *si quis negotia alterius*, possunt ad negotia, de quibus agimus referri, nisi abusiuè admodum loquamur, quia quod hæreditatis est, alicuius esse non rectè dicitur.

3 Insuper, cum DD. hanc regulam ex eo deducāt, quod de edicto Prætoris scribit I. C. vtique sentiunt hac in re parem esse causam statutorum, & edictorum. Nulla ergo causa est, cur dicamus aliter eos hanc rem intellexisse, cum in edictis Prætorum exponendis non sit necessarium, vt verba propriè accipiantur, dummodò non impropriè exponantur *l. 2. ff. de his, qui not. infam. iuncta l. quod constitutum, de milit. testa. l. 1. §. ex incendio, l. incendio, ruina, naufrag. l. 1. §. quod ait Prætor, ff. quorum legat. l. 1. §. deiecisse, iuncto §. antecedenti, & §. quod ergo adijcitur, vers. familiæ, de vi, & vi armata, l. 1. §. quod vi, ff. quod vi, aut clam, cum sexcentis similibus.*

4 Postremò hæc assertio profecta est a veteribus iuris nostri expositoribus, quorum scripra eximiā huius linguæ ignorationem præseferunt, & ideò non est admittēdum eos in statutis exponendis desiderare illum latinæ linguæ candorem, ac proprietatem, quàm ipsi ignorabant, alioquin in ipsis exponendis non fuissent tam frequenter versati.

5 Exposuimus hucusque nostrorum sensum, dum aiunt verba statutorum propriè esse accipienda; de veritate huius assertionis nunc agere oportet, & tunc distinguendum est, aut enim versamur in statutis materna lingua conscriptis, aut in illis, quæ sermone latino fuerunt scripta; si de illis agamus, verissima assertio erit; si de his, aliud nos dicere debemus.

Cum enim maternam linguam benè calleant auctores statutorum, nulla causa est, cur putemus improprios sensus voluisse eos inter statuta inserere, cum nihil æquè proprium sit legum, ac claritas, teste Iustiniano *in Auth. de imperfect. test. in principio*, & ad hoc genus pertinent leges Sartitarum Hispanię, Ordinationes Lusitaniæ, Consuetudines Galliarum, & leges plereque populorum Germaniæ.

6 Quod si sermone latino conscripta fuerint, vt plerūque in Italia accidit, & in his statutis, de quibus DD. intelligunt, puto non esse huiusmodi regulam admittendam, quia cum pleraque (ea enim excipio, quæ eleganter fuerunt conscripta) barbaro sermone scripta fuerint, non est cur in eis interpretandis dubitemus verborum interpretationes improprias, quæ tamen cum mente statuentium conueniant, admittere, cur enim sollieiti esse debemus in conseruando candore, & puritate sermonis eorum, qui nesciuerunt, vel noluerunt purè, & candidè scribere?

7 Frustra autem allegatur exemplum edictorum Prætoris Vrbani, cum enim linguæ puritatem obseruarent, eorum nanque materna erat, non est, cur in hac quæstione allegentur, in qua agimus de statutis conscriptis sermone ineleganri, & barbaro.

8 Eodem vitio laborat aliud nostrorum axioma, dum aiunt verba testamentorum propriè esse intelligenda auctoritate *l. non aliter, de leg. 3.* nam etiam si id ibi præciperetur, non tamen rectè trahi-

tur ad teſtamenta, quæ latinè a notarijs conſcribũtur, quia linguæ huiuſmodi paruam admodum notitiam notarij plerunque habent, de qua re alias latius Deo dante dicam.

Rectiſſimè ergo Clariſſimus Præceptor meus Fachineus in dubium aſſertionem, de qua diſputamus, reuocauit *lib.6. cap.74. prope finem*.

9 De veritate ſecundæ partis huiuſce aſſertionis, nunc agendum eſt, quatenus in ea continetur, verba ſtatutorum ſtrictè eſſe accipienda.

Hoc autem duplici modo intelligi poteſt, ſtatuta nempè ſtrictè eſſe intelligenda, ſcilicet quouſque ſe extendit ius verborum, vel ſtatuta, cum in plures ſenſus trahi poſſunt commodè, eo ſenſu eſſe accipienda, qui eorum diſpoſitionem coarctat.

10 Primò modo hanc aſſertionem a noſtris accipi veriſimile eſt, cum tex. *in d.l. 1. §. hac verba, de neg. geſt.* quò ad eam probandam vtuntur, hoc ſenſu loquatur, vſitatum enim eſt aſſertiones DD. ſecundum locos, quibus in illis comprobandis vtuntur, interpretari, hoc autem ſenſu eatenus vera erit, quatenus apparebit auctores ſtatutorum curauiſſe, ne linguæ latinæ candorem offenderent, aut eius ſermonis, quo ſtatutum conſcripſerunt, & ideò in ſtatutis Italiæ barbarè, vt dixi plerunque conſcriptis, in quibus exponendis DD. ea vti plerunque ſolent, non erit recipienda; fruſtra enim quærimus puritatem ſermonis ab illis, qui illam negligunt.

11 Altero autem modo accepta euidenter falſa eſt, cum enim ex eo tunc res pendeat, an ſtatutum ſit fauore dignum, peſſimè dicitur indiſtinctè ſtatuta eſſe ſtrictè intelligenda, hoc eſt enim indiſtinctè dicere ſtatuta non eſſe fauore digna, quia pendet hæc expoſitio ex fauore, vel odio eius, quod in ſtatuto continetur, neque enim vnica aſſertione diffiniri poteſt an ſtatuta ſint fauore, vel odio digna.

12 Cumque in legibus Iuſtiniani exponendis hac aſſertione non vtamur, non eſt cur eam adhibemus in ſtatutis exponendis, quæ hac in re non diſcrepant ab ipſis.

Hæc admonuiſſe ſufficiat: caueant ſtudioſi, ne auctoritati vetuſtiorũ capti plus eis tribuant, quam rationi: in errores enim incident grauiſſimos, & difficultates inextricabiles: falſo namque enim omnia aduersãtur, quod præcipuè illis euenit, qui in re, de qua agimus a rationis tramite diſcedant, huius enim aſſertionis frequentiſſimus vſus eſt, & planè quotidianus.

Conſuetudo interpretatiua an oriatur ex ſententijs, & rebus iudicatis, & an debeat eſſe præſcripta ad l. nam Imperator, ff. de legibus, & ad l. nemo, C. de ſent. & interlocut. omn. iud. *Cap. XI.*

1 AB ea interpretatione, quam legi conſuetudo affert recedendum non eſſe clarum eſt, *l. ſi de interpretatione, & l. ſeq. ff. de legib. cap. cum dilectus, de conſuetud.* Ambigi tamen poteſt, an huiuſmodi conſuetudo ex ſententijs, & rebus iudicatis deduci poſſit, & nũquid, vt valeat, præſcripta eſſe debeat.

Quod pertinet ad primum eam ex ſententijs, & rebus iudicatis deduci poſſe ſcribunt Odofred. *in dicta l. ſi de interpretatione, num. 1.* Bald. *in l. nemo, nu. 2. C. de ſent. & interlocut. omn. iud.* Franc. Suarez *lib.7. de legib. cap. 17. num. 24.* & alij, quos omitto.

Quibus ne aſſentiar facit I. C. in l. nam Imperator noſter, ff. de legibus, dum ait. *Nam Imperator noſter Seuerus reſcripſit, in ambiguitatibus, quæ ex legibus proficiſcuntur, conſuetudinem, aut rerum perpetuò ſimiliter iudicaturũ auctoritatem vim legum obtinere debere.* Neque enim diſtinxiſſet Imperator Seuerus, & cum eo I. C. res perpetuò ſimiliter iudicatas a conſuetudine, ſi ex rebus iudicatis conſuetudo interpretatiua deduci poſſe exiſtimauiſſent.

2 Inſuper ita demum rerum iudicatarũ auctoritatem, cum legis ad interpretandas leges obtinere, cenſuit Imperator, ſi perpetuò eodem modo iudicatum fuerit, ergo rerum iudicatarum auctoritas a conſuetudine in hac re diſtat, quia etiam ſi conſtiterit, aliquando legem aliter fuiſſe declaratam, tamen retinenda eſt interpretatio, quam ei conſuetudo deindè attulit.

Neque reſpondeas cum gloſs. perpetuò accipi ibi pro tempore decem annorum, quod etiam placuit Odofred. & Eguin. Bar. eo loci, quia facilè poteſt huiuſmodi expoſitio redargui, nulla enim ab his cauſa affertur, cur a cõſueta aduerbij, perpetuò interpretatione diſcedant. Verum quidem eſt aduerbium iſtud pro ſubiecta materia varias accipere interpretationes, ſed hoc non ſufficit allegare, niſi indicetur cauſa, cur a ſignificatione eius propria diſcedamus in explicatione legis, de qua agimus.

Eam autem nos retinere debere ſuadet imprimis id, quod legitur in l. nemo, C. de ſent. & interloc. omn. iudic. Iudices nempè in ſententia ferenda inſpicere debere legum, & iuſtitiæ veſtigia, non autem res ab alijs iudicatas, etiam ſi ab ampliſſimis profectæ fuerint magiſtratibus; ſi enim vera eſſet expoſitio gloſſ. & ſequacium iure reprehenderetur Imp. quòd in lege non alia de cauſa lata, quam vt exponeret vim rerũ iudicatarum, quò ad alias ſimiles cauſas, hunc caſum prætermittens, generaliter ſanxiſſet legibus, non rebus iudicatis eſſe iudicandum.

3 In eandem ſententiam trahit nos Paulus, dum in l. minimè, ff. de legibus, ait. *Minimè mutanda ſunt ea, quæ interpretationem certam ſemper habuerunt.* Agit hic I. C. vt ego reor, de interpretatione in foro a Iuſdicentibus recepta, quia ſi de ea ageret, quę a tacito conſenſu populi proficiſcitur, nun eſſet cur diceret *quæ interpretationem certam ſemper habuerunt*, quia vt ſupra admonui, declaratio legis a cõſuetudine perfecta vim legis obtinet, etiam ſi aliter aliquando fuerit iudicatum. Quod ſi ita eſt, clarè I. C. indicat, res iudicatas nõ habere auctoritatem, quò ad rem noſtram, niſi ſemper eodem modo fuerit iudicatum, & per conſequens aduerbium prædictum *perpetuò* non eſt ad decennium reſtringendum, ſed eſt ſecundum ſuam vim intelligendum, non aliter, res iudicatas ad leges interpretandas ſequi nos oportere, quam ſi ſemper lex eodem modo fuerit a iudicibus in iudicando intellecta, atque ita prædictam gloſſæ expoſitionem rectiſſimè impugnat Franciſcus Suarez loco allegato, qui aliam expoſitionem affert dicendo. Illam particulam perpetuò non ſignificare annorum numerum, ſed concordiam ſententiarum perpetuam, id eſt ſine varietate, aut repugnantia earum inter ſe, cui aſſentiri

non

non possum, cum sermonis latini vsus nõ patiatur, vt prædictis verbis hanc tribuamus expositionem: sic enim se habent. *Aut rerum perpetuò similiter iudicatarum auctoritatem;* aduerbium enim *perpetuò* ad tp̃s, aduerbium verò *similiter* ad cõcordiam rerum iudicatarum refertur, quod etiam agnoscit Cuiac. *lib. 1. quæst.* Paul. *ad l. si de interpretatione, ff. de legib.*

4 Secundò considero consuetudinem tacito consensu populi introduci *§. ex non scripto, Instit. de iure nat.* huiusmodi autem consensus aliunde, quàm ex vsu, & actibus ciuium deduci nequit, & ideò ius moribus introductum consuetudo nuncupatur, quod clarè insinuat Iurisconsf. *in l. de quibus, ff. de legib.* dum ait. *Nam quid interest voluntatem suam declaret populus, suffragio, an rebus, & factis?* ergo sententiæ, & res iudicatæ, quotquot sint, voluntatem populi nequeunt indicare, cum sine eius consilio ferantur, ergo ex illis non potest colligi cõsuetudo.

Respondent aduersarij eorum sententiam intelligi, cum res iudicatæ populo innotuerunt, qui eas approbauit, & secundum eas in posterum causas similes expediri voluit.

5 Nihil est, nam cum oporteat colligere consensum, de quo agimus, ex vsu populi, & vt loquitur Vlpianus ex rebus ipsis, & factis, non aliter potest dici populum voluisse in posterum secundum huiusmodi res iudicatas legem intelligi, nisi re ipsa, & factis id ostenderet, itaque qui consuetudinem allegat, aut ex vsu populi eius consensum probat sufficienter, & tunc non eget auctoritate rerum iudicatarum, quia solus sufficit ad consuetudinem introducendam, aut non probat, & tunc huiusmodi sententiæ ad effectum, de quo agitur, non sunt satis, cum non constet populum voluisse secundum illas in posterum legem intelligi.

Concludo igitur, auctoritatem rerum iudicatarum, cum de intellectu legis agitur, nõ aliter necessariò nos sequi debere, quam si constiterit semper ita fuisse iudicatum, huncque solum casum excipi debere *ex l. nemo, C. de sent. & interl. omn. iud.* atque ita docet Cuiac. *ad l. 1. C. quæ sit longa consuetudo.*

6 Secundam explicemus dubitationem. Nunquid consuetudo interpretatiua debeat esse præscripta, sicus in alijs necessarium est, *c. fin. in fine, de consuetudine*, quod negant nostri communiter, vide Dec. *in cons. 441. num. 13.* Menoch. *de arbitr. iudic. cas. 83. nu. 10. & cas. 199. nu. 15.* Rot. *decis. 256. nu. 7. par. 2. diuers.* Franc. Bec. *cons. 101. num. 50.* Ioseph. Ludou. *concl. 38. col. 1. vers. ampliatur 5.* qui duo postremi plurimos alios allegant. Cuius sententiæ nullum reperio fundamẽtum, ideò mihi suspecta est. Nullam enim causam video, cur a regula iuris recedamus.

Nam & hæc interpretatio vim legis habet, de hac enim loquuntur auctores prædicti, & ideò re ipsa ab alijs consuetudinibus non discrepat, quia ciues ligat, & cogit ad obseruandam eam interpretationem, quam ipsa affert, etiam si verba legis aliã admitterent interpretationem.

7 Præterea constat, quod cõsuetudo interpretatiua ex tacito consensu populi deducitur, ergo qui eã allegat, ostendere debet, populũ voluisse, vt lex prædicto modo intelligeretur, ergo debet ostendere vsu, & moribus populi interpretationem huiusmodi ita receptam fuisse, vt appareat mens eius, quod velit, legem sic accipi, aliter enim tacitus consensus populi ostendi non potest, ergo debet ostendere, tanto tempore fuisse huiusmodi consuetudinem receptam, vt non possit dubitari, quin maior pars populi velit legẽ sic ab omnibus intelligi, ergo debet ostendere longeuum, & diuturnum populi vsum, sicuti in alijs consuetudinibus fieri oportet, quia vix accidere potest, vt ex minori temporis spatio tacitus huiusmodi consensus possit colligi.

8 Concludo igitur, consuetudinem interpretatiuam eodem modo præscriptam esse oportere, ac alias consuetudines noui iuris inductiuas, quæ legibus scriptis non aduersantur, atque ita rectè scribit Ioannes de Salas *tract. de legib. disput. 19. sect. 14. in principio, vers. sed obserua*, qui tamen rem non examinat.

Pœna a Iustin. constitutæ aduersus contrahentes incestas nuptias, an habeant locum aduersus eos, qui cõtrahunt nuptias iure ciuili permissas, quas lex canonica improbat ad Authen. incestas, C. de incestis nupt. *Cap. XII.*

1 DIssentiunt nostri, an pęnę a Iustiniano constitutæ aduersus eos, qui incestas nuptias cõtrahunt in Auth. de incest. nupt. in principio habeant locum contra eos, qui contrahunt nuptias a iure Pontificio prohibitas, quæ tamen iure ciuili permissę sunt. Vide Anchar. *cons. 392.* Dec. *cons. 158.* Alciat. *in c. cum contigat, a nu. 53. de iur. iur.* August. *cons. 7. lib. 1.* Cephal. *cons. 226.* Menoch. *de arbitr. iudic. cas. 502. a num. 67. ad 78.* D. Fachin. *lib. 13 controuers. c. 62.*

2 Omnis autem eorum controuersia in eo posita est, an ius ciuile puniens nuptias incestas, intelligi possit de illis, quas idem ius concedit, si quando contigerit, eas ab alio iure damnari, & circa hoc acriter contendunt, quod tamen clarè decidirur *ex l. ideò 27. ff. de legib.* dum ait. *Ideò qui antiquiores leges ad posteriores trahi vsitatum est, & semper hoc quasi legibus inesse oportet, vt ad eas quoque personas, & ad eas res pertineant, quæ quandoque similes erunt.* Neque enim dubitari potest, nuptias, quas posteriori tẽpore canones inhibent, similes esse ijs, quę anteriori tempore fuerunt inhibitæ, & ideò non potest in dubium reuocari, quia ad eas pertineãt leges anteriores de illius nuptijs loquentes.

3 Quod si quis hoc nolit admittere, ab eo quero; Si forte posteriores Impp. nuptias anterioribus tẽporibus concessas vetauissent, An lex Iust. de illicitis, & incestis nuptijs agens ad huiusmodi nuptias pertinuisset, non negabis, nisi è mente exciderit id, quod legitur *in l. non est nouum, ff. de legib. & l. 1. §. lex Falcidia, ff. ad l. Falcid.* ergo eodẽ modo pertinebit ad nuptias, quas canones deindè prohibuerunt, quoniam in ijs, quæ ad res spirituales pertinent, lex ciuilis paret Ecclesiæ sanctionibus *c. 1. & 2. de oper. nou. nuntiat. c. fin. de secund. nupt.*

4 Non puto tamen, admittendum esse, huiusmodi pœnas pertinere ad nuptias a lege ciuili permissas, quas lex canonica deindè improbauit expositiuis causis, non autem ex eo, quod naturalis ratio eas contrahi non patiatur, quia Iustinianus non indistinctè pœnas huiusmodi imponit aduersus eos,

qui

qui nuptias contrahūt illicitas, ſed ſolum agit de illis, quas lex naturę reijcit. Ait enim. *Sācimus igitur de cætero, ſi quis illicitas, & contrarias naturæ quas lex inceſtas, & nephādas, & dānatas vocat cōtraxerit,* & paulò poſt inquit. *Egerit verò, quæ impia ſunt, & ſceleſta, & talia cōtupierit, qualia plurima et admonēt animalia.* Quod melius exprimit Haloander, qui ita tex. vertit. *Indeque adeò, quia cum legi cognitas liceat facere nuptias legibus potius prohibitas adamat, & tā fœmina confundit, quam familiam iniuria afficit, & pietati ſimul, ac religioni contraria perpetrat, penituſque ea appetit, quæ multa etiam animalia auerſantur.* Neque enim par culpa eſt naturam offendere, & leges poſitiuas, & ideò non eſt trahenda lex Iuſtiniani ad nuptias iure naturali permiſſas, licet a lege ciuili improbentur, quia extenſio nō fit ad caſus, in quibus non viget eadem prorſus ratio, vt ſcripſi infrà lib. 3. c. 22. num. 11.

5 Quæ autem nuptiæ iure naturali prohitæ Iuſtiniano fuerint, colligi poteſt ex illis verbis. *Et tàm fœmina cōfundit, quàm familiā iniuria afficit.* De illis enim ſentit, qui tam arctò conſanguinitatis vinculo coniuncti ſunt, vt videatur ex huiuſmodi nuptijs ſeminis confuſio oriri, quod vtique non contingit in illis gradibus, intra quos lex ciuilis nuptias contrahi permittit, & ideò ad eos, qui huiuſmodi nuptias ſcienter contraxerint, huius legis pœnas non pertinere exiſtimo.

De interpretatione ſtatuti iubentis ſtatuta ſecundum corticem, aut litteram, aut ſecundum id, quod verba ſonant, intelligi. Cap. XIII.

1 QVomodò ſit intelligēdū illud ſtatutum, quod iubet ſtatuta intelligi ſecundum litteram, corticemvè verborum, vel ſecundum id, quod verba ſonant, tractant Bart. *in l. omnes populi, num. 65. ff. de iuſt. & iur.* vbi Ioan. Baptiſta de S. Seuerino *a num. 276.* Anchar. *in c. 1. ad finem, de conſtit.* Alciat. *de verbor. ſignific. lib. 2. a num. 65.* Camillus Gallin. *de verbor. ſignific. lib. 8. c. 30.* & alij ab his relati, ex quibus varias, ac multiplices opiniones colligere licet, quibus prætermiſſis veritatem breuiter indicabo.

2 Statutorum alia ſunt iuſta per ſe, alia ideò iuſta ſunt, quia ſancita fuerunt, quæ poſitiua ſolent appellari. Iuſta per ſe ſunt illa, quæ illud continent, qđ a lege naturali, ita fluit, vt cuilibet rectè ratiocinanti facilè ſit intelligere iuris naturalis regulis inſpectis oportere id fieri, quod in ſtatuto continetur, etiam ſi nulla lex ea de re lata fuiſſet. Iuſta autem, quia ſancita, illa ſunt, quæ non habent vim obligandi intrinſecam, ſed a poteſtate legiſlatoris eam accipiunt.

3 Si tractandum ſit de ſtatutis iuſtis per ſe, dico ad ea non pertinere ſtatutum, de quo agimus, cū enim vis, & poteſtas horum ſtatutorum ex iure naturali dependeat, non eſt in poteſtate legiſlatoris eorom vim impedire, *§. ſed naturalia, Inſtit. de iur. nat.* quatenus ergo ratio, cui innititur ſtatutum, iubet, aut prohibet aliquid fieri, interpretatio admittenda erit, quia ex huiuſmodi ratione ſtatutum depēdet.

4 Quod ſi agamus de ſtatutis poſitiuis, ideſt de illis, quæ vim obligandi a legiſlatore habent, tunc diſtinguendum eſt inter eam interpretationem, quæ neceſſaria eſt, ne ſtatutum incidat in abſurditatem, & eam qua remota ſtatutum non redditur abſurdum, illa ſemper admittenda eſt, hæc verò erit reicienda.

5 Admittendam eſſe huiuſmodi interpretationē docent Bart. & alij frequentiſſimis calculis, & euincit regula *l. Saluius Ariſto, de leg. præſtand. l. ſcire, in principio, verſ. ſed & ſi maximè, ff. de excuſ. tutor.*

6 Aliam verò reiciendam eſſe, vt oſtendere liquidò poſſim, meminiſſe debemus eius eſſe legem interpretari, cuius eſt condere *l. fin. C. de legibus*, & ideò, dum auctor ſtatuti aufert facultatem aduocatis, & iudicibus exponendi ſtatuta, aliter ac cortex verborum dictat, nulli iniuriam facit, ſibi enim reſeruat id, quod proprium ipſius eſt.

7 Secundò recordari nos oportet infinitas lites, quæ Chriſtianum Orbem exagitant, non aliundè oriri, quàm ex varijs multiplicibuſque intellectibus, quos legibus, communibus, & municipalibus interpretes, & pragmatici, qui plerunque cauſæ inſeruiunt, ipſis attulerunt, & ideò prudentiſſimè huiuſmodi ſtatuta fiunt, nam ſi leges acciperemus, ſecundum id, quod verba ipſa, ſecundum ſuam ſignificationem vſitatam indicant, non equidem tot litibus homines vexarentur.

8 Nulla ergo cauſa eſt, cur ſtatutum adeò vtile Reipublicæ negligatur, negligitur autem, quotieſcunque interpretamur ſtatuta, aliter ac verba accepta ſecundum ſuam ſignificationem vſitatam iubent, hæc enim eſt illa interpretatio, quam ſolam admitti auctores ſtatuti iubent, vt lites, quantum fieri poteſt, tollantur.

9 Dicam clarius, cum de interpretatione ſtatutorum agimus, quęrimus, quo ſenſu verba eorum ſint accipienda, an eius diſpoſitio trahi poſſit de caſu ad caſum, & an verba eius generaliter concepta intra certos terminos coarctari debeant.

Cùm de interpretatione verborum agitur, ſi omiſſo eo intellectu, quem ex verbis ſecundum corticem intellectis colligimus, ad eum confugimus, quem ratio ſtatuti, aut ſubiecta materia ſuppeditāt litium materia creſcit, dum variè exponitur, & expenditur ratio, & mens eorum, qui ſtatutum condiderunt, nam aduocatis panditur ianua latiſſima exercendi vires ingenij, & iudicibus anſa præbetur ampliſſima ſuis ſatisfaciendi affectibus. Econtra vbi nihil aliud quæritur, quam cortex verborum, eamque ſolam in exponendis verbis ſtatuti, ſequimur, aduocati ſilent, quia inſtrumenta varias excogitandi interpretationes illis adimuntur. Iudicibus etiam tergiuerſandi occaſio adimitur, quia interpretatio, quam cortex verborum exhibet, in promptu eſt, & abſcondi nequit. Quis ergo non videt iuſtiſſimis ex cauſis ſtatutum noſtrum factum fuiſſe, & dignum eſſe ſummo fauore, & ideò non eſſe in verbis ſtatuti exponendis aliud quærendum, quàm corticem verborum, hoc eſt ſignificationem, quā verba per ſe exhibent, nam ſi admittimus eam interpretationem, quæ ex mente, & ratione, aut ex ſubiecta materia elicitur, inanis reditur eius diſpoſitio.

10 Nec his nocet, quod ex aduerſò dicitur neceſſariam eſſe per interpretationē tollere ambiguitates,

quæ

quæ ex statutis oriuntur, *l. 2. §. his legibus latis, ff. de orig. iur.* mentemque legislatoris vim maiorem habere, quam verba.

Nam in promptu responsio est, ea, quæ sub statuti verbis secundum corticem intellectis non continentur, ex iure communi decidi oportere, & ideò interpretatione non est opus nobis, sicut erat Romanis, quia nullas alias leges tunc habebãt, ex quibus ea, quæ sub verbis 12. tab. non continebantur, deciderentur.

11 Mentem autem auctorum statuti, ideò noluerunt nos inquirere alio medio, quàm per significationem, quam cortex verborum exhibet, quia falluntur sæpè illi, qui ex ratione, aut ex subiecta materia illam expiscantur.

Nihil legis æquè proprium est, ac claritas, *l. leges sacratissimæ, C. de legib. Auth. de imperf. test. in principio*, & ideò qui statuta conscribunt verbis claris, & apertis suam mentem exponunt, dubitandique occasiones tollere modis omnibus curant. Itaque qui dicunt aliam eorum mentem fuisse, quã cortex verborum indicet, illis iniuriam faciunt, quòd nesciuerint suam mentem exponere, quod multo magis vrgebit, si auctores nostri statuti, cætera etiam statuta conscripserint.

12 Nunc tractandum est de extensione statuti de casu ad casum. Non possunt omnia sub legibus cõtineri, & ideò legibus semper inesse creditur, vt ad eos casus trahantur, qui quandocunque similes futuri sunt, *l. non possunt, ff. de legib.* & ideò aiunt nos apertè errare, dum ex verisimili mente eorum, qui statuta condiderunt, extensionem de casu ad casum fieri non posse negamus.

13 Nihil est in iure nostro adeò variè, & vt liberè dicam, adeò malè expositum, ac sit materia extensionis legum, de casu ad casum, quod cum auctores statuti nostri animaduertissent, vt litibus propè infinitis ex hoc vberrimo fonte manantibus, ex parte occurrerent, vetauerunt sub statuti dispositione id contineri, quod sub cortice verborum non contineretur, non est ergo, cur quis absurdum existimet extensionem huiusmodi non admitti, etiam si valdè verisimile sit auctores statuti idem disposituros fuisse, quia hoc admisso, aperta esset via eludendi statutum nostrum contendentibus causarum patronis verisimilimam esse extensionem, quam proponunt.

14 Huc pertinet *l. quod vero, ff. de leg.* dum apertè docet leges aduersus iuris rationem introductas, nec ad consequentias quidẽ trahi posse, huius enim regulæ nulla alia ratio est, quam quia dubitauerunt veteres sub prætextu voluntatis legislatoris sæpius extensionem contra eius mentem admitti, & ideò indistinctè extensionem ex voluntate ipsius verisimili fieri vetauerunt.

15 Non absimile est id, quod legitur *in l. 1. ff. de minor.* beneficium nempè restitutionis, quod ob fragilitatem ætatis concessum fuit, concedi etiam minoribus sagacibus suprà ætatẽ, si enim sub prætextu prudentiæ hoc beneficium denegaretur, plurimæ lites exorirentur, contendentibus ijs, qui cum minore contraxerunt, eum fuisse sagacem, accideretque non semel eos, qui sagaces non erant, prudentes existimari.

16 De restrictione statutorum generaliter loquentium nunc agendum est, aiunt aduersarij rationem legis eius animam esse, & ideò sicut anima regit corpus, ita ratio legem moderari debet, etiam si ergo legis verba generalia sint, non tamen sunt generaliter accipienda, sed restrictè quousque viget ratio, propter quam lex lata fuit.

17 Ratio legis, vel est persuasiua, vel conuincens; persuasiua est illa, quæ apta quidem est ad excitandum legislatorem ad legem ferendam, sed tamen non est tanti ponderis, vt si secus factum fuerit, lex sit iniqua, aut absurda; conuincens verò est illa, quę quemlibet rectè ratiocinantem ita conuincit, vt iniquum, aut absurdum sit aliud statuere; exempla rationum persuasiuarũ peti possunt *ex l. 1. 2. & 3 ff. de don. inter vir. & vxor. ex l. humanitatis, C. de impub. & alijs subst. ex l. assiduis, C. qui pot. ex l. maximum vitium, C. de lib. præter.* & ex alijs infinitis propè iuris nostri locis.

18 Cum agitur de ratione conuincenti, tunc lex dicitur iusta per se, quia vim obligandi intrinsecus habet, & ideò de huiusmodi ratione non est nobis sermo, cum hæc disputatio non pertineat ad leges iustas per se, erit itaque nobis sermo solummodò de ratione persuasiua.

19 De hac autem ratione non rectè dicitur eam esse animam legis, quia licet ipsa in constitutione legis partem habeat, maioris tamen momenti est voluntas legislatoris, cum ex ipsa omninò lex pendeat, quousque enim voluerit Princeps lex stabit, immò non erit sæpius absurdum legem stare etiam si defecerit ratio, propter quam lex facta fuit, quemadmodum accidit in priuilegijs dotis, quò ad mulieres steriles, in priuilegijs scolarium, & aliorum, qui ab eo scopo aberrant, ad quem eos legislator tendere voluit.

20 Cum itaque statutũ iubet exponi statuta secundum litteram, aut corticem verborum, aut secundum id, quod verba sonant, eius verba accipienda erunt secundum eam significationem, quã cortex verborum, circunscripta ratione, menteque legislatoris, aut subiecta materia indicat, omnesque illos casus continebit, quos vis verborum sic explicatorum, complectitur, etiam si ratio, aut mens legislatoris ad eos pertinere non videatur, illi verò, qui sub vi verborum non comprehenduntur, ex iure communi decidi debent, etiam si maximè verisimile sit, idem auctores statuti dispposituros fuisse, si de ipsis cogitauissent.

Princeps, an legibus positiuis ligetur ad l. Princeps, ff. de legibus. *Cap. XIIII.*

1 R*Egnum Imperium est suaptè natura paternum,* vt verè ait Arist. *lib. 8. Ethicor. c. 10. Nam rex curam habet subditorum, quò bene se habeant, vt oniũ pastor, vnde & Homerus Agamemnonem nuncupauit populorum pastorem*, sunt verba eiusdem Arist. *eod. lib. c. 11.* & ideò absurdam esse eorum vocem existimo, qui ex voluntate Principis pẽdere aiunt omne ius positiuum, eumque iure suo omnes leges positiuas negligere posse, ex legum enim vi, & potestate salus Reipublicæ pendet, vt Theod. & Va-
2 lent. AA. *in l. digna vox, C. de legib.* non dubitauerint

rnnt aſſerere, ex iutis auctoritate eorum pendere auctoritatem, quia ſcilicet ſublata legum auctoritate, Imp. auctoritas quoque perit, & iure merito, nam vt ait I. C. *in l. 2. ff. de legib. Lex eſt omniũ diuinarum, ac humanarum rerum Regina, oportet autem, eam eſſe præſidem bonis, & malis, & Priucipem, & Ducem eſſe, & ſecũdum hoc regulam eſſe iuſtorum, atque iniuſtarum, & eorum, quæ ciuilia ſunt animantiũ, præceptricem quidem ſaciendorum, probibitricem autẽ*
3 *non faciendorum.* Qua de cauſa ea conſtituitur differentia inter Principem, & Tyrannum, quod ille ſaluas vult eſſe leges, hic verò eas negligat, ac ſpernat. Audi Ciceronem de lege Agraria differentem. *Nam cum cæteris in ciuitatibus*, ſunt verba Ciceronis, *Tyrannis inſtitutis leges omnes extinguantur, atque tollantur, hic Reipublicæ Tyrannũ lege conſtituit*, quod ſumpſiſſe videtur ex Ariſtotele *lib. 4. Politic. c.* 10 dum ait. *Tertia ſpecies Tyrannidis, quæ maximè propriè id nomen habere videtur oppoſita eſt Regiæ poteſtati abſolutæ: uam neceſſe eſt Tyrannidem illam, quod nullius ſubiaceat legibus, ac dominetur per vim, ad propriam reſpiciat vtilitatem, non ad vtilitatem ſubditorum.*

4 Meritò igitur Theod. Valent. & Alex. A.A.A. profeſſi ſunt, dignam eſſe vocem maieſtate regnantis legibus ſe alligatum profiteri, immò nihil tam proprium Imperij eſſe, quàm legibus viuere, vt legimus *in l. digna vox, C. de legib. in l. 3. C. de teſtam.* quia qui hoc profitetur, & obſeruat, ſe a Tyrannide lõgiſſimè abeſſe indubitato oſtẽdit teſtimonio.

5 Quia verò non poſſunt omnia in lege comprehendi *l. non poßunt. ff. de legibus*, nec poteſt auctor legis propter humanarum rerum varietatem omnia, quæ in lege continentur, optimè decernere, vt explicat Ariſt. *lib. 5. Ethicor. c.* 10. Meritò, vt mundus ſtare poſſit, neceſſe eſt, aliquem eſſe, penes quẽ ius ſit ſupplendi, vbi lex deficit, hic autem eſt Princeps, vel populus in vniuerſum conſideratus, qui Principe caret, qui hac de cauſa leges animatæ nũcupandi ſunt, vt de Imperatore Rom. diſertè teſtatur Iuſtin. *in Auth. de Conſul. in fine*, dum ait. *Omnibus autem a nobis dictis Imperatoris excipiatur fortuna, cui & ipſe Deus leges ſubiecit, legem animatam committens hominibus.*

6 Cum autem is, qui legis defectus ſupplere debet, non ex ipſa lege, ſed aliundè erudiri, & inſtitui debeat, meritò dicimus Principem, & populum in vniuerſum conſideratum, quorum hoc munus eſt, non ex lege ſcripta præcepta, & regulas, quibus vtantur, deſumere debere, ſed aliundè, ſcilicet ex arte ciuili, & ex prudẽtia. Ex his enim quidquid ad ſalutem ciuium, & ad artem æqui bonique pertinet, elicitur, & ipſemet leges ſcriptæ hinc fluunt, ſi credimus Ariſtoteli *lib. poſtremo Ethicorum, c. final.* Quod etiam inſinuat Papin. noſter, dum *in l. 1. ff. de legib.* ait legem eſſe decretum virorum prudentum, & ideò non eſt dubitandum legibus ſcriptis, prudentiam artemq́ue ciuilem potiorem eſſe. Et hæc eſt ratio eius, quod ſcribit Ariſt. *lib. 3. Politic. c.* 11.
7 dum ait Regem, qui a legibus ſcriptis diſcedere nõ poteſt, non facere regiæ gubernationis ſpeciem: Regis enim eſſentia in hoc conſiſtit, vt legum defectum ſupplere valeat, quod facere non poteſt, quando a legibus ſcriptis non poteſt diſcedere.

Quotieſcumque ergo Princeps, & populus arte ciuili vtuntur, prudenter vtique, & optimè agunt, & ideò non eſt curandum, quòd ipſi leges ſcriptas non obſeruauerint, non eget enim riuulis, qui fontis copiam habet, quod ſapienter admodum admonet Plato in Dialogo de Regno, dum ait. *Qua ratione Sapiens, bonuſque Gubernator ſemper ita ad ſalutem ſubditorum reſpiciens, vt ad nautarum, nauiſque ſalutem reſpicit Gubernator: nam vt ille, non ſcriptis, ſed arte, quaſi lege quadam nautas ſeruat, ita, & vir ille verè ciuilis, & apud eos, qui ita dominare poſſunt, rectè eſt rerum ciuilium adminiſtratio, vim artis potiorẽ legibus adhibens; ac ſummatim quidquid prudenter Principes agant, nunquam delinquunt, quam diù hoc vnum potiſſimum ſeruant, vt mente, & arte quod iuſtiſſimum eſt inducentes ciuibus, tueri eos valeant, melioreſq́ue ex deterioribus quò ad fieri poteſt, efficere.*

8 Et ſi verum amamus, Princeps, cum artem Regiam, quæ regulas Imperandi docet, intelligit, & obſeruat, ipſe nõne ſibi, & alijs lex eſt viuens, & ſpirans, cum ex ſe ipſo depromere, & alijs communicare valeat quidquid leges ſcriptæ continent? ergo illi iniuria fieret, ſi ipſi leges ſcriberentur: turpe eſt enim legem viuam legi mortuæ ſubeſſe; quod eſt illud, quod docet Ariſt. *lib. 3. Politic. cap. 9.* dum ait. *Quod ſi vnus adeò ſuperexcellens virtute ſit, vel plures, quàm vnus, nec tamen tot numero, vt ciuitatem implere poſſint, vt neque comparanda ſit omnium aliorum virtus, vel ſacultas gerendi Rempubl. ad hanc plurium, ſi plures ſint, vnius, ſi vnus ſit. Amplius ponendi ſunt hi pars ciuitatis: fieret enim illis iniuria, ſi pariter atque alij cenſeantur, ac ſint adeò ſuperiores ſecundum ciuilem potentiam. Putandum eſt ergo hmõi hominem, tãquam Deum inter homines eſſe, ex quo manifeſtum eſt, poſitionem legum eſſe neceſſariam circa æquales genere, & virtute, ſed in illos tales non eſt lex, ipſi enim lex ſunt, etenim ridiculus foret, qui illos legi ſubijcere conaretur.*

9 Concludo igitur, leges ferri, vt ciues dirigant, & eos, qui de legibus nequeunt iudicare, Principi verò, vel vniuerſo populo Principem non habenti, nullo modo ferri, & ideò leges ſcriptæ, vt leges sũt, non continere Principem, vel populum, nec etiam quatenus regulæ ſunt, quia huiuſmodi regulis ipſi, qui artem ciuilem, & prudentiam, perpetuò ſpectare debent, nec indigent, nec ſubijci poſſunt, eos tamen aio non ſpernere ſemper, & indiſtinctè leges ſcriptas, ſed plerumque illas obſeruare, nõ quia leges ſint, ſed quia ars ciuilis, & prudentia dictant, ſecundum leges huiuſmodi agi debere, & ideò apud populum, & Principem, cum aliquid, de quo lex extat, erit decernendum, nulla differentia eſt, an lex ſcripta ſit, an verò ſcripta non fuerit: ſi enim ars ciuilis dictat, id obſeruandum eſſe, quod in lege continetur, id erit obſeruandum, etiam ſi nulla lex extet, ſi vero ſuadeat aliud, quam lex iubeat, tunc lex non erit obſeruanda: abſurdum enim eſt dicere leges ſcriptas arti ciuili, & prudentiæ præferri debere.

10 Quia verò interdum illi, qui a iure ſcripto diſcedunt ſub ſpecie artis ciuilis ab æquo, & bono diſcedunt, propterea Theod. & Valent. Impp. *in l. digna vox, C. de legibus*, dixerunt, *Re vera maius Imperio eſt legibus ſubmittere Principatum*, quia hac ratione Prin-

ne Principes suas coercent passiones, ea senim nequeunt explere quotiescunque ex lege scripta omnia pendent, quod opus longè maius est, quam imperium consequi, vel gerere, vt non immeritò boni Impp. semper professi fuerint, se secundum leges viuere, *vt in §. final. Inst. quibus mod. testam. infirm. in l. digna vox, C. de legibus, in l. 3. C. de testam. in l. cum hæredes, C. qui testam. facer. poss. l. 4. C. ad l. Falcid. l. Papinianus, §. si Imperator, ff. de inoffi. testam.*

11 Hæc de hac exagitatissima quæstione satis, si plura cupis, adeas interpretes *ad l. Princeps, ff. de legibus, ad l. digna vox, C. eod. tit. ad l. 3. C. de testam. in cap. 1. de constit.* Vasquez *lib. 1. controuers. c. 1. & 2.* Arium Pinellum *in Rub. C. de rescind. vendit. cap. 2.* Ioan. Coras. *lib. 2. Miscell. cap. final.* Cuiac. *lib. 15. obser. 30. & ad l. ex hoc iure, de iust. & iure, vers. ex hac conclusione, & ad tit. C. de testam. in tribus vltimis columnis.* D. Fachin. *lib. 1. controuers. cap. 3.* Augustin. Morla *in Empor. iur. tit. de legib. q. 1.* D. Thom. *1. 2. q. 96. art. 5. ad tertium*, vbi eius interpretes, præcipuè Caietanus, & Vasquez *disput. 167. cap. 1. 2. & 3.* de eadem re agunt multis alijs in locis Theologi, quos recenset Ioan. de Salas *in tract. de legibus, disput. 14. sect. 2.* qui latissimè de eadem re disserit. Gregor. Sayr. *in Claui Regia, lib. 3. cap. 4. num. 3. cum multis sequentibus*, & magnus ille Theologus Suarez *in suo præclarissimo tractatu de legibus.*

De origine, & distinctione dominij, & de communione omnium rerum, quæ inter primos homines fuisse dicitur ad l. ex hoc iure, ff. de iustitia & iure, & ad l. primam, in principio, de acquirenda possessione. *Cap. XV.*

1 DEus cum ad sui imaginem, & similitudinem creauisset hominem, eum præesse voluit omnibus animãtibus, eorumque Dominum esse, sicut, & cæterarum rerum orbis, vt legitur in Sacra Genesi *cap. 1. his verbis.*

Faciamus hominem ad imaginem, & similitudinem nostram, & præsit piscibus maris, & volatilibus Cæli, & bestijs vniuersæ terræ, omnique reptili, quod mouetur in terra, & ad imaginem, & similitudinem suam creauit hominem illum, masculum, & fœminam creauit eos, benedixitque illis Deus, et ait, Crescite, & multiplicamini, replete terram, et subijcite eam, & dominamini piscibus maris, & vniuersis animantibus, quæ mouentur super terram.

2 Cum autem hoc fecerit Deus non ipsorum tantum gratia, sed propter vniuersum genus humanũ, cuius ipsi parentes futuri erant, sequitur eum voluisse ad omnes homines hanc donationem pertinere, quod est illud, quod significat Iust. *in §. fin. Inst. de iure naturali, in §. in pecudum*, Inst. de rerum diuisione, dum dicit omnes res hominum gratia fuisse creatas, quod ante eum dixerat Caius *in l. in pecudum, ff. de vsuris*, & per consequens negari non potest voluisse Deum vt dominium rerum futuris hominibus communicaretur, quia verò tribus modis dominium huiusmodi generi humano communicari poterat, *per communem rerum possessionem, per equalem rerum diuisionem, vel per eos modos, quos Adam, vel futuri Principes idoneos putauissent*, meritò dubitari potest, quam ratione voluerit Deus dominium rerum cęteris hominibus communicari, cum in sacris litteris hæc res non fuerit expressa.

3 Respondeo ex eo, quod hucusque inter gentes obseruatũ est, Sanctis viris, & Ecclesia Dei id probantibus, hanc dubitationem tolli, Deum voluisse homines, qui futuri erant post primos parẽtes, non aliter acquirere dominium istarum rerum, quam eo modo, quo Adam, & cæteri Principes constituissent, qua de causa D. Augustinus *in cap. 1. 8. distinctione*, contendit dominium, quod homines habent in his rebus ex iure humano pendere, cuius verba hæc sunt.

Quo iure defendis villas? Diuino, an humano? Diuinum ius in scripturis habemus, humanum ius in legibus legum. Vnde quisque possidet quod possidet? Nonne iure humano, nam de iure diuino (Domini est terra & plenitudo eius) pauperes & diuites ex vno limo fecit, & pauperes, & diuites vna terra supportat: iure tamen humano dicitur, hæc domus mea est. Si autem, vt teneantur ista ab hominibus leges fuerunt, vultis vt retineamus leges vt gaudeatis?

4 Hoc autem intelligendum est de rebus, quæ non sunt necessariæ ad vitæ conseruationem, has enim iure suo homines capiunt, quia Deus, qui ob suam benignitatem vitam largitus est, vult nos eam conseruare, & per consequens vult nos illis rebus vti, quæ ad vitam conseruandam sunt necessariæ, qui enim vult consequens, vult omne necessarium antecedens, *l. 2. de iurisdictione omnium iudicum*, quod eleganter significat D. Ambrosius *in cap. sicut, 47. distinctione*, dum ait. *Nunquid iniquus est Deus, qui nobis non equalia vitæ subsidia distribuit?*

5 Neque istis refragatur Caius I.C. *in l. 1. ff. de acquir. rerum dominio*, & Iust. Imper. *in §. singulorum, de rerum diuisione*, dum aiunt ex eo iure, quod cum ipso genere humano proditum fuit, nonnullos modos acquirendi dominij descendere, quia animaduertendum est, dupliciter hoc accidere posse, immediatè, & mediatè; aliqua enim ex iure naturali immediatè fluũt, vt religio erga Deum, vt patriæ, & parentibus pareamus, vt vim atque iniuriam propulsemus, *l. 2. cum duabus sequentibus, de iustitia & iure*; aliqua verò ab ipsis hominibus ex præceptis ipsius iuris deducuntur, *vt in §. ius autem gentium, Inst. de iure naturali, in l. ex hoc iure, ff. de iustitia, & iure*, quod exposui suprà c. 3. a nu. 11.

Inter hæc autem magna differentia est, quia ea, quæ immediatè fluunt a natura, verè iuri naturali adscribuntur, ea verò, quæ ex iure naturæ deducũt homines iuri positiuo, & humano sunt adscribenda, quia ab hominibus constituuntur, si rem propriè, & strictè considerare volumus.

6 Non nocet ergo nobis auctoritas Caij, & Iustiniani, quia ipsi dum dicunt ex iure gentium, quod cum ipso generi humano proditum est, quosdam modos acquirendi fuisse constitutos, intelligũt mediatè, vt facile est intelligere ex nonnullis modis, qui ab ipsis huic iuri adscribuntur, quos constat ab hominibus fuisse constitutos, eos autem habemus *Inst. de rerum diuis. §. cum ex aliena materia, §. si quis a non domino, §. Thesauros, §. per traditionem, & in l. 7. §. cum quis, §. finn. in l. 1. §. qua ratione, §. hæc quoque, ff. de acquirenda rerum dominio.*

Quę

7 Quæ expoſitio eſt ex mente Iſidori *in cap. ius naturale, 1. diſtin.* ibi enim agens, de acquiſitione rerum, quæ Mari, Cœlo, Terraque capiuntur, ait hûc acquirendi modum inſtinctu naturæ, non conſtitutione aliqua fuiſſe introductum, hoc enim eſt illud, quod nos aſſerimus, homines annuente primo parente introduxiſſe inſtinctu naturæ modos quoſdam acquirendi dominij.

8 Omnes ergo modi dominij acquirendi ex iure humano immediatè fluunt, in ipſis autem orbis incunabulis aliquos acquirendi dominij modos extitiſſe clarè inſinuāt Caius *in l. 1. de acq. rer. dominio*, Iuſtinianus *in §. ſingulorum, Inſt. de rerum diuiſione*, dū aiunt, aliquos modos ex eo iure proficiſci, quod cum ipſo genere humano rerum natura prodidit, cur enim huiuſmodi iuris mentionem feciſſent, ſi in ipſis orbis initijs dominij acquirendi modos nō extitiſſe putauiſſent? Tunc autem hoc incœpiſſe veriſimile eſt, (quid enim certi in hac re adferri poteſt?) cum deſcendentibus primorum parentum multiplicatis oportuit eos in varias diuidi domos, tunc enim difficilè fuiſſet communionem omnium rerum ſeruare, & inutile in tanta rerum vbertate: tunc ergo annuente primo parente inceptum fuiſſe reor, apud eos obſeruari, vt id, quod ab alijs occupatum non fuerat, occupantis eſſet; cumque veriſimile ſit accidiſſe, vt nonnulli rerum aliquarum vbertatem haberent alijs eis indigentibus; pluſquā veriſimile eſt, hinc donationem ortam eſſe, & permutationis vſum inualuiſſe, poſtmodum commodatum, depoſitumque hominės vſu exigente, & natura ſuadente, inueniſſe.

9 Noſtra autem coniecturæ plurimum fauet Paulus I.C. *in l. 1. in princip. ff. de acquir. poſſeſſ.* dum ait, *Dominium rerum, ex naturali poſſeſſ. cœpiſſe*, hoc enim verificatur in ijs, quæ per occupationem acquirimus, vt ipſemet diſertè exponit. Itaque quod legitur *in l. ex hoc iure, ff. de iuſt. & iure*, ex iure gentium fuiſſe diſtincta dominia, non eſt intelligendum de dominio omnium rerum, ſed de dominio agrorum. Et hunc eſſe ſenſum Iuriſconſ. facilè ex eo demonſtratur, quod cum diſtinctiones dominiorum propoſuiſſet, ſtatim inferit hæc verba, *Agris termini poſiti*.

10 Quod, vt clarius appareat ſciendum eſt exiſtimauiſſe veteres in orbis initio homines certas ſedes non habuiſſe, ſed huc, & illuc vagari conſueuiſſe, deinde eos a ſapiente quodam monitos ab hoc ferino more diſceſſiſſe, quod Orpheo tribui ſolet, de quo ſic Horat. in arte Poetica cecinit.

Iuſtitiam docuit cœtuſque congregauit vno
Moreſque agreſtes expoliuit Orpheus.

Huc quoque pertinet, quod apud Cic. 1. de Oratore legitur, dum ait, *Vt verò ad illa ſumma veniamus, quæ vis vlla potuit, aut diſperſos homines vnum in locum congregare, aut a fera agreſtique vita ad hunc humanum cultum ciuilemque deducere.*

11 Et ex his intelligimus, quid ſit ſentiendum de eo, quod ex D. Iſidoro relatum eſt *in c. ius naturale, 1. diſtin.* apud homines fuiſſe quandoque communem omnium rerum poſſeſſionem, hoc enim non videtur verum, niſi id referamus ad illud tempus, quo primi parentes liberos nondum ſuſceperant, ijs enim ſuſceptis euidens eſt non fuiſſe communē omnium rerum poſſeſſionem, quia, vt probaui, nō aliter filij eorum poterant alicuius rei dominium acquirere, quam ſi hoc ipſis ab Adamo concederetur.

12 Et non eſſe verum, quod vulgo tractatur ab initio orbis omnia fuiſſe communia, patet *ex l. 1. ff. de acq. rerum dominio, & ex §. ſingulorum, Inſtit. de rerum diuiſione*, dum aiunt Caius, & Iuſtinianus, aliquos modos fuiſſe introductos ex eo iure, quod cū ipſo genere humano proditum eſt, etenim inſulsè hoc dicitur, ſi ab initio orbis omnia erant communia, quid enim opus fuiſſet modis acquirendi dominij, ſi omnia ex æquo ad omnes pertinebāt? quod cum ipſemet Iſidorus *in cap. ius naturale* agnoſcat, vereor nè ipſe acceperit poſſeſſionem eo ſenſu quo apud Roman. vſurpatum fuiſſe legimus apud Feſtum, dum ait. *Poſſeſſiones tum appellantur agri latè patentes, publici priuatique iuris, qui non mancipatione, ſed vſu tenebantur, & vti quiſque occupauerat, ita colebat.*

Vt ſit ſenſus iure naturali omnium fuiſſe communem poſſeſſionem, id eſt agros vniuerſos, quos non inelegāter poſſeſſionis nomine ſignificat, quia vſu tenebātur, & vti quiſque occupabat, ita poſſidebat, eumque hunc ſenſum habuiſſe ex eo præterea colligitur, quod eidem iuri acceptum refert depoſitæ rei reſtitutionem, & commodatæ; neque enim hæc inſimul ſtare poſſunt, vt omnia ſint communia, & cōmodato, & depoſito locum extitiſſe.

Explicatur textus in l. quæſtio 115. ff. de verb. ſignific. *Cap. XVI.*

1 At Iuriſcōſultus, *Poſſeſſio ab agro iuris proprietate diſtat; quicquid enim apprehendimus, cuius proprietas ad nos non pertinet, aut nec pertinere poteſt, hoc poſſeſſionem appellamus: Poſſeſſio ergo vſus eſt, ager proprietas loci eſt.* Verba ſunt *l. quæſtio 115. ff. de verb. ſignific.* quæ quomodo explicanda ſint, non ſatis inter noſtros conuenit; ego breuiter meā hac de re ſententiam exponam.

2 Poſſeſſionem accipi exiſtimo a Iuriſconſulto, non eo ſenſu, quo accipitur *in tit. ff. de acq. poſſ.* (illa enim a fundo diſtat, hæc verò pro ipſo fundo accipitur, vt in illis verbis, *quicquid*) ſed eo ſenſu, quo poſſeſſionem veteres appellabant, teſte Feſto lib. 14. dum ait.

Poſſeſſiones tamen appellabantur agri latè patentes, publici, priuatique iuris, qui non mancipatione, ſed vſu tenebātur, & vti quiſque occupauerat, ita colebat; cum enim fundos, qui publici iuris erant, non liceret vſu capere, *l. vſucapionem, l. quamuis, ff. de vſucap. l. cum ſponſus 14. §. in vectigalibus, ff. de publ. in rem act.* Iacob. Reuard. *lib. 1. var. c. 5.* eoſque qui priuati iuris erant, ita demum longo vſu homines acquirerent, ſi ſibi traditi fuiſſent ex cauſa habili ad dominij tranſlationem, vt Inſt. de vſucap. in princ. vtique Feſtus, dum ait, *agri latè patentes publici, priuatique iuris, qui non mancipatione, ſed vſu tenebantur, & vti quiſque occupauerat, ita poſſidebat*, id ipsū exprimit, quod dixit Iuriſconſultus, cum ait, *cuius proprietas ad nos non pertinet, aut nec pertinere poteſt*, atque ita hunc textum explicanerunt Alciat. ibi, & Briſſon. *lib. 4. ſelect. c. 1.* & Angelus Spanochius apud

apud Alexandrum Turaminum *Epistola Academic. 6.*

3 Itaque non rectè nostri, inter quos etiam Cuiac. *ex d. l. quæstio*, dum ait. *Possessio ergo vsus est*, deducere conantur definitionem possessionis eo sensu acceptæ, quo accipitur *in tit. ff. de acq. possess.* quia cum his verbis contineatur conclusio deducta ex verbis antecedentibus, nisi dicamus vitio æquiuocationis I. C. argumentationem laborare, eodem sensu accipienda erit possessio, quo in verbis antecedentibus eam accepit, quod non animaduertisse Alciat. & Brisson. miror, qui cum scripsissent in verbis antecedentibus possessionem accipi pro fundo ipso, deindè dixerunt his verbis, possessionem accipi pro possessione, quæ a fundo distinguitur, Alciat. inquam *in d. l. quæstio*, Brisson. *in Lexico, in verbo possessio.*

4 Dicet aliquis, quomodò possessio accipi potest his verbis profundo, cum dicat I. C. possessionem esse vsum fundi? Respondeo, locum esse difficilem, & hucusque neminem, quem viderim, eum explicauisse, quod tamen commodè fieri posse existimo, accipiendo illa verba, *Possessio vsur est*, eo sensu quo dicimus, Catilina pernicies est Reipublicæ, Cicero verò salus, idest salutem Cicero Reipublicæ affert, Catilina verò perniciem; ita vt sensus sit.

5 Possessio ergo vsus est, idest fundus, qui eius cõditionis est, vt possessio nuncupetur, vsum affert rei, non proprietatem, qui sensus optimè conuenit cum superioribus; dixerat enim Iurisconsultus, possessionem ab agro differre, quod possessionis nomine nuncupatur fundus, cuius proprietas ad possessorem non pertinet, ager verò dicitur fundus, cuius proprietas possessoris est; ex his enim conclusionẽ colligens, inquit, *Possessio ergo vsus est, ager verò proprietas loci est*, idest possessio ergo vsum, ager verò proprietatem loci possessori tribuit.

Possessio vnde dicta sit ad l. 1. in princ. ff. de acq. possess. *Cap. XVII.*

1 DVæ sunt DD. sententiæ in hac re, alij possessionem dictam putant a pedibus, alij a sedibus; primam opinionem post glos. veteres Interpretes probauerunt, & ex nouis Forcatul. *in Neciamant. dialog. 73.* Turamin. *de ver. subst. poss. c. 4. a nu. 3.* & alij quidam.

2 Secundam opinionem, quam excitauit Alciat. *lib. 1. disp. c. 1.* omnes ferè recentes Interpretes sequuntur, vide Coras. *in prælud ijs l. naturaliter, §. nihil commune, num. 25. ff. de acquir. poss.* Interpretes nouos *in l. 1. ff. de acquir. poss.* vbi Cuiac. eandem probat, idem Cuiac. *in Paratitlis, C. de acquir. & amitt. poss. & in l. quæstio 115. ff. de verbor. signif.*

3 Primę opinioni fauet tex. *in l. 1. ff. de acq. poss.* qui secundum vulgatam editionem inquit, *Possessio appellata est a pedibus, quasi positio.*

4 Secundę opinioni fauet idem textus, qui in Pandectis Florentinis sic scriptus est; *Possessio appellata est, vt & Labeo ait a sedibus.* Secundò fauet Grãmaticorum auctoritas, qui possideo deducunt a pos, & sedeo, quasi is possideat, qui locum habet, in quo sedere possit. Tertiò fauet, quod positio pedũ non est signum adeptæ possessionis, cum pedes ponamus in Ecclesia, in via, in foro, & in locis, quorum possessionem adipisci nolumus, è contra verò sedes sunt clarissimum signum animi volentis possidere; qui enim domicilium ponit, & habitaculum in aliquo loco, vtique ostendit, se velle locum sibi habere proprium, & pręcipuum; & hæc posterior opinio mihi placet, quæ tamẽ adhuc in dubium reuocatur, quia non fuit quisquam, quem viderim, qui mentem Pauli, qui hanc proposuit etimologiã, fuerit plenè assecutus: Is sic inquit.

5 *Possessio appellata est a sedibus, quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo, qui ei insistit.*

Id autem, vt nos assequamur, scire oportet, positionem, apud latinos pro situ accipi, quo sensu Cicero pro Flacco dixit; Positio vrbis, idest situs vrbis, & Columella *lib. 1. c. 6.* positionẽ cœli, idest situ cœli. Secundò sciendum est, insistere rei significare vti re, eique acquiescere, dixit enim Celsus, *ob quæ competit illa quidem nõ oportere negligere, sed ijs quoque insistere*, idest ijs quoque vti, & acquiescere, vt rectè explicat Budeus.

6 Itaque sensus Iurisconsulti hic est, possessio dicta est a sedibus, quasi positio, idest quasi situs, vt rectissimè exponit Cuiac. ideò autẽ dicitur possessio esse quasi situm, quia qui possessioni insistit, idest qui possessione vtitur, tenet situm; vti enim possessione, est in re, quam possidemus, manere.

Ex qua explicatione patet, non rectè Cuiac. corrigere textum, dum legit, *qui rei insistit*, quod ante eum Socin. iun. ibi cogitauerat, necnon optimam esse rationem, quã Iurisconsultus affert, cur possessio dicatur, quasi positio, idest quasi situs; ad cuius ætimologię confirmationem pertinent ea, quæ habentur in cap. sequenti, num. 1. cum sequentibus, & in c. 25. num. 4. & 5.

De origine, & essentia possessionis. Cap. XVIII.

1 POssessionis tractatus frequentissimus est, sed vt mihi videtur, non satis explicatus, multæ enim adsunt dubitationes, quæ lucem desiderant, quarum magna pars pendet ex notitia originis, possessionis, & essentiæ eius, ideò quid de hac re nobis in mentem venerit breuiter proponemus.

Possessionem in ipsis orbis initijs fuisse introductam omnes intelligunt *ex l. 1. ff. de acq. possess.* nemo tamen, quem viderim, causam exponit, cur rudes illi homines, qui cætera ratione naturali suadente, vsu exigente, humanisque necessitatibus vrgentibus constituerunt, *§. ius autem gentium, Inst. de iure nat. gent. & ciuil.* vsum possessionis inuenerint; ideò an id detegere possimus experiamur.

2 Possessio pertinet tam ad res mobiles, quàm ad immobiles, *l. 3. §. Nerua filius, ff. de acquir. posses.* non videtur tamen verisimile ad res mobiles vsum possessionis in ipso orbis initio pertinuisse, cum enim hoc tempore perrarò de possessione rerum mobilium agatur, inuerisimile est, priscos illos homines de huiusmodi re cogitauisse.

Pro rebus ergo immobilibus possessionis ius fuisse ab initio constitutum existimo, cum autem ius possidendi ei, qui dominus est, non tribuat aliud commodum, quàm faciliorem reddere rationem

recuperandæ rei ſuæ apud alium exiſtentis, *l. is, qui deſtinauit, ff. de rei vind.* Dominium enim plenum ius, & incrementi incapax tribuit *l. 3. §. ex pluribus, ff. de acq. poſſeſſ.*

Non puto, ius poſſeſſionis fuiſſe introductum pro illis, qui iure dominij, res immobiles tenebant, quia propter longiſſimam illorum hominum ætatem facile erat dominium, quod per occupationẽ acquirebatur, *§. feræ, Inſtit. de rerum diuiſ.* teſtibus oculatis probare.

3 Pro illis itaque, qui res immobiles tenebãt nõ iure dominij poſſeſſionis vſus fuit introductus, ſcilicet pro illis, qui certas ſedes non habebant, ſed huc illucque vagantes paſcua quęrebãt, vt hodie Arabes faciunt, de quib. Cic. agit *lib. 1. de Inuent.* dum ait, *Tẽpus fuiſſe, quo homines vagarentur more beluarum deindè a ſapiente, & eloquente quodam perſuaſos in communitate viuere cępiſſe.* Et huc pertinet quod idẽ Cic. ſcribit *lib. 1. de Orat.* vt plurimos alios veterum locos omittam, dum ait. *Ad illa ſumma veniamus, quæ vis vlla potuit, aut diſperſos homines in vnum congregare?* In cuius rei memoriam latini rem hanc nomine poſſeſſionis nuncupauere, ducta enim appellatione a ſedibus eam nuncupauerunt poſſeſſionem, *l. 1 in principio, ff. de acq. poſſeſ.* & expoſui in c. antecedenti, ne excideret è memoria, eam fuiſſe pro illis introductam, qui certas ſedes non habebant.

4 Hi autem, cum fundos occuparent, non vt eos iure dominij haberent, ſed vt eos retinerent, quouſque ibi manere libuiſset, vtique eorum dominiũ non habebant, & hæc eſt ratio, cur Vlpianus dixerit *in l. naturaliter, §. nihil commune, ff. de acq. poſſeſſ.* nihil commune habet poſseſſio cum proprietate, & cur alibi ſcriptum fuerit, non deberi permiſceri cauſas poſſeſſionis, & proprietatis, *l. penult. eod. tit.* & ideò illis non poſsum aſsentiri, qui ſecuti auctoritatem Theophili putant illos iure non poſſidere, qui rem affectu dominij non tenent, etiam ſi ex eruditioribus ſint.

5 Horum inquam gratia vſus poſseſſionis ſuadente ratione naturali, & vſu exigente fuit introductus; omnia enim turbata fuiſsent, ſi licuiſset huiuſmodi homines ex locis, quos occupauerant, expellere, & ex his liquet rectiſſimè ſenſiſse Angelũ Spanochium, & Alexandrum Turaminum, dum ſcripſerunt poſſeſſionem poſt dominium fuiſse introductam, vt cõſtat ex Epiſtolis Academicis Turamini Epiſt. 5. & 6.

Deduxerunt autem hoc ius ex principio illo naturali, quod nullius in bonis eſt, occupanti concèditur, quemadmodum enim ex hoc principio is, qui rem vacantem eo animo occupauit, vt eam perpetuò haberet, acquirit ius perpetuò eam retinendi, ita ille, qui eam occupauit, vt retineret, quouſque ibi manere libuiſset, ius acquirit eam retinendi, donec ipſam derelinquere conſtituerit.

6 Ex occupatione, itaque ius poſseſſionis dependet. Cum ergo duo non poſſint in ſolidum eandem rem occupare, impoſſibile eſt, duos in ſolidum eandem rem poſſidere, vt optimè ratiocinatur Paul. *in l. 3. §. ex contrario, ff. de acquir. poſſeſſ.* vbi inter alia inquit. *Non enim magis eadem poſſeſſio apud duos eſſe poteſt, quam, vt tu ſtare videaris in eodem loco, in quo ego ſto, vel in quo ego ſedeo, & tu ſedere videaris.* &c. Quemadmodum enim is, qui ſedet, ita rẽ occupat, vt alius non poſſit eundem locum tenere, niſi ipſo expulſo, ita ille, qui poſſidet, ita rem tenet, vt alius eam occupare non poſſit, niſi ipſo eiecto.

7 Et hinc colligitur reſpõſio ad argumentum, quo Sabiniani vtebantur, dum ſcribebant, eum, qui precario poſſeſſionem cõceſſit, poſſidere, quia ſcilicet animum poſſidendi retinebat, ille enim qui precariò rem ſuam poſſidere permittit, non aliter id facere poteſt, quam ſi rem vacuam tradiderit, & per conſequens id facere nunquam poterit, niſi deſinat poſſidere, quia quouſque poſſidet, res occupata eſt, & licet habeat animum recuperandæ poſseſſionis, non propterea dicitur, non habuiſse animum dimittendi poſseſſionẽ, quia aliud eſt habere animũ conſeruandi poſseſſionem, aliud habere animum eam recuperandi. vide tex. *in l. ſi quis vi, §. dominium, ff. de acq. poſſ.*

8 Quò pertinet id, quod habetur *in l. quod meo nomine, §. 1. eod. tit.* dum ait. *Si furioſo, quem ſuæ mentis eſſe exiſtimas, quod in conſpectu inumbratæ mentis fuit conſtitutus, rem tradideris, licet ille non erit adeptus poſſeſſionem, tu poſſidere deſinas, ſufficit quippè dimittere poſſeſſionem etiam ſi non transferas.*

Vis enim huiuſmodi ratiocinationis in hoc conſiſtit, vt quis poſſit poſſeſſionem tradere neceſſe eſt, eum deponere animum poſſidendi, ergo ille, qui rem tradit, poſſeſſionem amittit, etiam ſi ille, cui tradita fuerit, non fuerit poſſeſsor effectus, quia hoc non facit, quin ille non depoſuerit animum poſſidendi, licet enim ea de cauſa tradiderit, vt ille poſſeſsor fiat, tamen actus non dicitur conditionalis, quia cauſa volendi non cohęret actui volito, *l. cum tale, §. falſam cauſam, ff. de cond. & demon.* de qua re infra c. 27. dixi.

9 Et ex hoc fonte deducitur id, quod ſcripſit I. C. *in l. 1. §. ſi vir, ff. de acq. poſſ.* mulierem ſcilicet poſseſſionem rei acquirere, cum maritus donationis gratia depoſuit animum poſsidendi; cum enim tunc res vacans eſse incipiat, mulier eam ingrediendo poſseſſionem acquirit, quia rẽ vacuam occupauit.

10 Ex eodem fonte deſcendit, vt res incorporea, & incerta rei pars nequeat poſſideri, *l. 3. in princ.* & *§. primo, ff. de acquir. poſſeſ.* quia hiſce rebus occupatio adaptari nõ poteſt. Eadem de cauſa is, qui fundum tenet, non dicitur poſſidere theſaurum, quem ibi eſſe ignorat, *d. l. 3. §. 2.* quia cũ animus in occupatione deſideretur, vtique non poteſt dici poſseſsorem fundi theſaurum occupauiſse: animus enim ad ignorata non trahitur, *l. ſi quis ita, §. ſi quis ita, ff de teſt. tut.* quod eleganter exponit Paulus *in l. 1. §. primo, de acq. poſſ.* dum ait. *Furioſus, & pupillus ſine tutoris auctoritate non poſſunt incipere poſſidere, quia affectionem tenendi non habent, ſicuti ſi quis dormienti aliquid in manu poſuerit.*

11 Licet autem frequẽs illa ſedium mutatio in vſu eſse ferè deſierit, plerique enim homines certas ſedes habẽt, vſus tamen poſseſsionis retentus fuit, nõ leue enim commodum poſseſsionem afferre compertum fuit propter difficultatem probandi dominij, quę cępit adeſſe ob crebram dominiorum mutationẽ, & breuitatem vitæ poſterorum hominum. *Vide §. retinendæ, Inſt. de interdict.* Qua de cauſa etiã illi,

illi, qui ſe dominos eſse eredunt, ad ius poſseſsionis confugiunt, *l. is qui deſtinauit, ff. de rei vindic.* Quo caſu omiſsa dominij allegatione, ſolùm ius poſseſsionis proponunt, quod eſt illud, quod inſinuat I.C. *in l. penult. hoc tit.* dum ait permiſceri non deberi cauſas poſſeſſionis, & proprietatis.

12 Retinetur inquam vſus poſſeſſionis hoc tempore, & ita retinetur, vt nonnulla, quæ moribus priſci temporis magis conueniebant, etiam nunc vſurpentur, cuius generis eſt id, quod habetur *in l. 3. §. ſi quis nuntiet, de acq. poſſ.* dum ait. *Si quis nuntiet, domum a latronibus occupatum, & dominus timore commotus noluerit accedere, amiſiſſe eum poſſeſſionem; cui cõuenit id, quod habetur in l. ſi id, quod, §. fin. ff. eod. tit. & in l. quod meo nomine, §. fin. eod. tit.* ideò enim tunc temporis facile erat exiſtimare, poſſeſſorem deponere animum poſſidendi, cum alius rem ab eo poſſeſſam vi ingrediebatur, quia facile erat in tanta agrorum copia alia loca æquè bona inuenire, quod cum hodie fieri non poſſit, facile defendi poteſt, eum, qui audiuit, alium rem ſuam inuaſiſſe, & timuit, non depoſuiſſe animum poſſidendi: licet enim ſuſpicatus fuerit, tunc ſe non poſſe rem defendere, non tamen ſequitur, eum dubitauiſſe, rem ſe retinere non poſſe, quod enim tunc facere non poteſt, magiſtratuum, vel amicorum auxilio facilè conſequi poterit.

13 Huic tamen incommodo ædictum Prætoris vnde vi, & conſtitutiones occurrerũt, ex his enim adiutus is, qui fuit eiectus, poſſeſſionem facile recuperat, & nouus poſſeſſor omne ius, quod in re habet amittit, *l. extat, ff. de eo, quod met. cauſ. & in l. ſi quis in tantam, C. vnde vi.* Quò reſpexiſſe videtur Vlp. *in l. ſi id, quod, §. fin. ff. de acq. poſſeſſ.* dum quęrens, an ille, qui ſuſpicatus ſit, ſe poſſe repelli, deſinat poſſidere, ait. *Vtilius eſt dicere, eum poſſeſſionem amiſiſſe.*

14 Expoſita origine poſſeſſionis, de eſſentia eius videamus. Cum autem actuum moralium eſſentia ex fine, propter quem inuenti fuere, deducatur Ariſt. *lib. 1. Economic. c. 3.* quod eſt illud, quod a Theologis, & Philoſophis dicitur, ex fine conſtitui ſpecies actuum moralium. Ex ijs, quæ dicta ſunt, non erit difficile colligere eſſentiam poſſeſſionis; cum enim introducta fuerit, vt ab iniuria defenderentur illi, qui agros nõ animo dominorũ occupauerãt, ſed vt eos retinerent, quouſque libuiſſet, ibi manere, ſequitur eam eſſe remedium quoddam iuris ſui tuendi gratia inuentum, & per conſequns eam in iure, non in facto conſiſtere, plurimumq́ue differre ab actu animi, vel corporis, quo rem tenemus.

15 Poſſeſſionis eſſentia non conſiſtit in facto, libet præterea hanc rem confirmare, quia ſi hoc eſſet, conſiſteret poſſeſſio, vel in actu corporis eius, qui poſſidet, dum in re eſt, vel in actu animi poſſeſsoris volentis poſseſſionem retinere: his enim actibus exceptis, nullum factum circa poſseſſionis eſsentiam conſiderari poteſt.

16 Quò ad factum corporis clari iuris eſt, ad eſsentiam poſseſſionis nõ pertinere, quia abſens a re poſſidet, *l. 3. §. ſultus, l. peregrè, ff. de acq. poſſeſſ. l. 1. §. ſine autem corpore, de vi, & vi armata.*

17 De facto, quod ex animo dependet, facile etiam probari poteſt, animaduertendo animum poſse tripliciter circa poſseſſionem verſari. Primò eam volendo retinere. Secundò, volendo eam dimittere. Tertiò de ea non cogitando.

18 Primò modo, & tertiò poſseſsoris animus aliquid circa poſſeſſionem agit. Secundò, verò modo circa eam nihil operatur, quia animus, dum de poſſeſſore non cogitat, nullum actum elicit circa eam. Itaq́ue, cum conſtet, eos, qui dormiunt, & aliud agunt, poſſeſſionẽ retinere, vtique conſtat, ſatis eſſe ad conſeruandam poſſeſſionem animum tertio modo circa eam verſari, ergo cum animus, tunc nihil facere dicatur circa poſſeſſionem, nullus tunc actus, vel animi, vel corporis circa poſſeſſionem reperitur, & tamen poſſeſſio remanet, quod vtique impoſſibile eſſet, ſi eſſentia ipſius ex facto aliquo penderet. Vt enim dixi, dempto facto corporis, vel animi poſſeſſoris, nullum eſt factum, quod ad eſſentiam poſſeſſionis poſſit pertinere, cuius argumenti vis non eneruatur, ex eo, quod animus poſseſsoris, tũc habitualiter verſetur circa poſseſsionẽ, ab initio enim conſtituit ſe eã, non dimittere, niſi habuerit animum explicitum eam dimittendi, quia non ſequitur, animum poſseſsoris aliquid tunc agere circa poſseſsionem: habitus enim, & actus inter ſe diſtinguũtur, animuſq́ue tunc demum agere dicitur, cum explicitè vult aliquid. Et ideò actus animi poſſeſsoris non deſerentis poſseſsionem, eſt quid negatiuum, quod cum nihil ponat in eſse, actus poſitiuus dici, nec factum aliquod nuncupari poteſt.

19 Quid plura? furioſus, pupillus deponendo animum poſsidendi poſseſsionem retinent, *l. ſi is, qui 27. l. poſſeſſionem pupillum, ff. de acq. poſſ.* ergo poſseſſionis eſsentia ex animo poſseſsoris non dependet, quia non poſset lex facere, vt ibi poſseſsio ſit, vbi deficit animus poſseſsoris, ſicuti non licuit Senatui verum vſumfructum in rebus, quæ vſu conſumuntur, conſtituere, quia natura vſusfructus id non patiebatur, *l. 1. ff. de vſufruct. earum rerum, quæ vſu, §. conſtituit, Inſt. de vſufruct.*

Aduerſus, quam ſententiam a noſtris multa adducuntur, ſed fruſtra, vt ex capitibus ſubſequentibus facile poteſt intelligi.

20 Cum ergo poſſeſſio in facto non conſiſtat, ſed in iure, ſequitur eam nihil aliud eſſe, quam ius rei corporalis detinendæ, quouſque eam dimittere conſtituerimus iure occupationis, nobis competens.

Poſſeſsio ius dicitur eo modo, quo ſeruitutes, & actiones iura nuncupantur. Hoc eſt facultas a iure introducta. Hæc autem facultas conſiſtit in retinenda re poſſeſſa, *§. retinendæ, Iuſtit. de interdict.* & ex quo ſequitur, quæ ex pluribus cauſis poſsidere poſſe, *l. 3. §. ex pluribus cauſis, hoc tit.* Ius enim rei retinendæ, cum plenum ius non tribuat, argumenti capax eſt, & ideò nouum admittit poſsidẽdi titulum.

21 Facultatem itaq́ue rei retinendæ poſseſsio tribuit, quouſque eam retinere voluerit poſseſsor, (& in hoc poſita eſt differentia inter dominum, & poſſeſſorem, *l. ſi quis vi, §. differentia, de acquir. poſſ.*) ex quo ſequitur poſſeſſorem, ſtatim, ac deponit animum eam habendi, poſſeſſorẽ eſſe deſinere, etiamſi in re ſit, *l. 3. in §. in amittendu, hoc tit.* cumq́ue inueriſimile ſit, eum, qui poſsidet agrum, quem mare, vel flumen occupauit, velle amplius illum habere, poſſeſsor dicitur deſinere eum fundum poſsidere, qui a mari, vel a flumine fuit occupatus, *d. l. 3. §. La-*

I 2 beo.

beo. Quod tamen cum moderatione accipiendum eſt, ſi huiuſmodi occupatio ſit, vt non ſit ſpes, vt mare,& flumen recedant: ſi enim ſecus ſit,non eſt, cur putemus, eum rem deſeruiſſe.

22 Ex prædictis colligitur ratio,cur poſſeſsio in hæredes non transferatur,*l.cum hæredes, ff. de acq. poſſ.* cum enim is, qui diſcedit ex hac vita, deponat animum poſsidendi, vtique poſſeſsio eius extinguitur, & per conſequens in hæreditate non reperitur, ex qua cum omne ius hæredis dependeat, ſequitur, vt hæres res hæreditarias non dicatur poſsidere, niſi poſſeſsionem apprehenderit. Audi I. C. *in l. 1. §. Scęuola,ff.ſi quis lib.eſſe iuſſ.fuer.* dum ait. *Sed nec hęredis eſt poſſeſſio,antequàm poſſideret, quia hæreditas in eum tantum transfundit,quæ ſunt hæreditatis, non autem poſſeſſio fieri poteſt hæreditatis.*

23 An aût fieri poſsit, vt poſſeſsio defũcti in hęredē tranſeat,& continuetur, videamus. Cumque certũ ſit,pupillum,& furioſum deponendo animum poſſidendi non deſinere poſsidere,*l.is, qui, l.poſſeſſionē pupillum,ff. de acquir. poſſ.* vtique conſtitui poterit, ne poſſeſsio defuncti per mortē eius extinguatur. In eo ergo difficultas conſiſtit, An natura poſſeſſionis patiatur,vt eam hæreditas iacens retineat eo modo, quo cætera iura retinet, quod verius putò, quia hæreditati iacenti ex cauſa peculiari ſeruus poſſeſsionem acquirit, *l.quia ſeruo, in fine, de uſuc. & obligat.*

24 Hæc eſt,de hac re mea opinio; aliorum ſententias diſcere poteris ex Bart. & cæteris *ad l. 1. in principio, de acq. poſſeſ.* & alijs in locis apud recentiores Interpretes,quos omitto,quia vulgati ſunt;non omitto tamen Alex. Turaminum Senenſem de vera poſſeſsionis ſubſtantia libellum euulgauiſſe, quem etiam conſulere poteris, ſi hæc tibi non ſatiſfaciunt.

Poſſeſſio, an ſit iuris, vel facti. Cap. XIX.

1 NObilis controuerſia eſt apud iuris Interpretes,an poſſeſsio ſit iuris,vel facti,nec ſine fructu; ex eius enim diſcuſsione intellectus plurium legum,& quod magis eſt,cognitio eſſentiæ poſſeſſionis, magna ex parte pendet, de qua etiam ſi plurima ſcripſerint Doctores, non tamen inanem eſſe futuram ſpero operam noſtram; vt autem hæc res, quæ multorum opinionibus, ac interpretationibus obſcurata eſt, dilucidetur, antequam explicemus, an poſſeſsio in ſui eſſentia facti ſit, an iuris, videndum eſt prius, an reſpectu originis poſſeſsio ſit iuris, vel facti. Secundò, quid ratione perſonarum, quæ illam acquirunt. Tertiò,quid reſpectu inſtrumentorum,quibus acquiritur. Quartò,quid reſpectu acquiſitionis. Quintò,quid quò ad res,quæ poſſidentur. Sextò, quid quò ad retentionem ipſius. Septimò,quid reſpectu effectuum. Octauò,quid reſpectu amiſsionis. Nonò,quid ratione recuperationis; his enim explicatis, facilius intelligemus id, quod præcipuè quærimus:nam patebit,multa,quę hinc indè afferuntur, nõ pertinere ad quæſtionem, in qua de eſſentia poſſeſsionis quæritur, in iure ne, an in facto conſiſtat.

2 Quò ad primam dubitationem, an reſpectu originis poſſeſsio iuris ſit, vel facti, concors eſt noſtrorum opinio, poſſeſsionem non eſſe,quid a natura inuentum, ſed a lege excogitatum, & per conſequens, quid facti, quò ad originem poſſeſsio dici non poteſt.

3 Quò ad ſecundum, quid ratione perſonarum, quæ illam acquirunt, & idem dicendum eſſe puto, cum enim non omnes,qui apti ſunt ad poſsidendũ, poſſeſsionem acquirere, lege id vetante, poſsint,*l. cum hæredes 23. §. 1. ff. de acquir. poſſeſſ. l. homo liber 54. §. 1. de acquir. rer. domin. l. qui in ſeruitute 161. de reg. iur.* Vtique dici non poteſt facti eſſe,an quis capax ſit poſſeſsionis, hinc textus *in l. poſſeſſio quoque 49. ff. de acquir. poſſeſſ.* reddens rationem,cur filius, & ſeruus rem peculiarem non poſsideant, ait, *quia poſſeſſio non tantum corporis, ſed etiam iuris eſt*, hoc eſt, vt quis poſsideat, non modò requiritur, vt quis corpore rem teneat, ſed opus eſt, vt eius conditionis ſit, vt ſecundum iuris diſpoſitionem poſsidere poſsit.

4 Hinc eſt, vt licet hæreditas non ſit apta naturaliter ad poſſidendum,*l. 1. §. Scęuola ff. ſi quis teſtam. liber. eſ. iuſ. fuer.* tamen poſſeſsionem interdum habeat facto ſerui,*l. qui a ſeruo 15. in fi. de uſ. & oblig.* idem accidit in infante,& furioſo,qui cum affectu poſſidendi non habeant, naturaliter non ſunt apti ad poſſidendũ,*l. 1. §. 1. ff. de acq. poſſeſſ.* & tamen, & ipſi poſsident legis beneficio *d. l. 1. §. item acquirimus,& §. pupillus, & l. 3. C. de acquir. vel amit. poſſ.*

5 Tertiò quæritur, quid reſpectu inſtrumentorũ, quibus poſſeſsio acquiritur iuris ſit,an facti; & hoc reſpectu puto, eam eſſe iuris,& facti; cum enim corpore, & animo poſſeſsionem acquiramus, *l. 3. in princ. l. quemadmodum, ff. de acq. poſſ.* negari non poteſt, reſpectu corporis rem eſſe facti, reſpectu verò animi iuris eſſe. Licet enim habere affectum poſſidendi ſit,quid facti,quod tamen ille affectus proſit ad acquirendam poſſeſsionem, cum hoc naturaliter ei non competat, ex iuris diſpoſitione id conſequitur; ergo animus, vt inſtrumentum eſt acquirendæ poſſeſsionis,iuris eſt, non facti.

6 Immò corporalis apprehenſio non eſt merè facti;cum enim vt fundi, quis poſſeſsionem acquirat, ſufficiat eius partem ingredi, nec opus ſit totum fundum circumambulare,*l. 3. ff. de acq. poſſ. in princ.* ſequitur, rem iſtam meri facti non eſſe, quia naturaliter non eſt apta corporalis apprehenſio partis, ad acquirendam poſſeſsionem totius rei: limitata enim cauſa limitatum producit effectum.

Qua ratione Conſtantinus *in l. nemo ambigit, C. de acq. poſſeſſ.* ait, *Nemo ambigit, poſſeſsionis duplicem eſſe rationem, aliam, quæ iure conſiſtit, aliam, quæ corpore*, hoc enim ad acquiſitionem poſſeſsionis referendum eſt, quia corpus non ſuffragatur ad retentionem poſſeſsionis, ſed ſola animi operatio attenditur, *l. licet poſſeſſio, C. de acq. poſſ. l. 3. §. in amittenda, ff. eod. tit.*

7 Eodem ſenſu Iuriſconſultus *in l. 1. §. Scęuola, ff. ſi quis lib. in teſt. iuſ. eſſ. fur.* ait. *Quia poſſeſſionem hæreditas non habet, quæ facti eſt, & animi*, non enim hoc dicit reſpectu retentionis poſſeſsionis, quia quò ad hoc animus ſolus ſufficit, *d. l. 3. §. in amittenda, ff. de acquir. poſſeſſ.* ſed hoc dixit reſpectu acquiſitionis, vt ſit ſenſus, ideò hęreditas poſſeſsionem nõ habet, quia non habet inſtra, quibus poſſeſsio acquiritur.

Nota

8 Nota autem contradistingui, eo loci rem esse facti, & animi, quia vt supra dicebam, animus, vt est instrumentum acquirendæ possessionis, est iuris, non facti.

9 Quartò videndum est, quid respectu acquisitionis possessionis, & hoc respectu iuris est, non facti, vt probat tex. *in l. 1. §. 1. ff. de acquir. possess.* iunctis illis, quæ dixi infra cap. 24.

Idque verissimum esse ex eo conuincitur, quod lex potest reddere inhabilem personam naturaliter aptam ad possidendum, vt probaui num. 3. & potest facere, ne res, apta per se, vt possideatur, possideri possit, vt mox ostendam, ergo ex lege pendet, an quis acquirat possessionem.

10 Cumque legis beneficio homines possideant; natura enim possessionem non inuenit, cur lex non poterit impedire, ne quis hoc beneficio fruatur?

Nec huic assertioni obstat tex. *in l. 1. §. si vir, ff. de acquir. possess.* quia responsio patet ex ijs, quæ scripsi d. cap. 24.

Secundò non obstat, possessionem acquiri per vim expellendo possessorem, *l. qui ad nundinas, §. clam possidet, in fine, in l. si id, quod 25. §. final. de acqu. possess.* quia, cum lex statuerit, nihil referre, an possessio iusta sit, an iniusta, vt vera possessio sit, *l. 3. §. ex contrario, eod. tit.* vtique qui vi possessionem adipiscitur, non acquirit eam aduersus legis prohibitionem.

Vetat lex, vim fieri, vetatque suum alicui auferri, sed non vetat, quin, si res vacans sit, expulso possessore, illum, qui eiecit rem ingrediendo, possessorē fieri, immò clarè tunc possessionem acquiri statuit, cum constituerit, nihil referre, an possessio sit iusta, an iniusta.

11 Tertiò videtur obstare, quod cum constitutum fuerit, vt inter virum, & vxorem, nec possessionis donatio valeat, *l. inter virum 47. ff. de donat. int. vir. & vxor.* (qua de causa mulier rem sibi donatam a marito iure ciuili possidere non intelligitur, *l. si cum 27. ff. eod. tit.*) ob hanc interdictionem, mulier rei donatæ possessionem acquirere non potest, si hæc res iuris esset, & tamen contrarium constat ex *l. 1. §. si vir, l. quod vxor, ff. de acq. poss. l. 1. in fin. ff. pro donat. l. fructus 45. de vsur.*

12 Respondeo in primis aduertendū est, olim fuisse cōtrouersiam inter I.C. vtrum mulier rem donatā a marito possideret, plerique tamen possessionem eam habere putabant, *l. 1. §. si vir, de acquir. possess.*

Poterat autem disputari hæc quæstio duobus casibus. Primus est, quando maritus constituit se possidere nomine vxoris rem aliquam, quo casu transfertur possessio in vxorem ab ipsomet viro, *l. quod meo nomine, ff. de acquir. possess.*

13 Secundus est, cum vir deponebat animum possidendi, vt deinde vxorem ingrediēs possessionem rei acquireret. Primò casu possessio non acquiritur per mulierem, quia cum donatio interdicatur inter coniuges, etiam donatio possessionis interdicta erit, vera enim donatio est, & ita loquitur Vlpian. *in d. l. inter virum.*

14 Secundò casu mulierē possidere existimo, quia, cum vir discedit a possessione, vt vxor illam acquirat, mulierque ingrediens rem possidere incipit, verum est mulierem possidere, non ex titulo donationis, sed pro possessore, quia rem vacantem ingressa fuit, quod est illud, quod idem Vlpian. intendit *in d. l. quod vxor 16. ff. de acquir. possess.* dum ait; *quod vxor viro, & vir vxori donauit pro possessore possidetur, non pro donato*; quia possessionem, non adipiscuntur ex titulo donationis, sed ex occupatione.

15 Sic videmus, quòd, si maritus non vtatur seruitute donationis gratia, seruitutem amittit, *l. 5. §. si donationis, de donat. int. vir. & vxor.* quia libertatem res mulieris consequitur, non ex donatione, sed ex non vsu, & ita loquitur Paulus *in d. l. 1. §. si vir, de acquir. possess.* nam ait, *Si vir vxori cedat possessione causa donationis*, cedat possessione, idest discedat a possessione, eo sensu quo dicitur cedere loco, cedere patria, cedere vrbe, & ideò Paulus reddens rationem, cur possideat, eam affert, quam suprà posui, inquiens, *& quid attinet dicere, non possidere mulierem, cum maritus, vbi noluerit possidere protinus amiserit possessionem?* Sensus enim est, maritus statim atque deposuit animum possidendi, desinit possidere, ergo mulier ingrediens rem vacantem, possessionem acquirit, non quia donata fuerit possessio, sed quia res vacans est.

16 Et in eisdem terminis accipiendum est id, quod scribit idem Paulus *in l. 1. in fine, ff. pro donat.* dum ait, *possidere autem vxorem rem a marito donatam Iulianus putat.* Ex eodem enim libro desumptus est hic locus, cum enim nō exprimat Paulus, maritum constituisse, se rem possidere nomine vxoris, non est cur id factum fuisse affirmemus, cum huiusmodi modus possessionis tradendæ, raro adhiberetur, idque, vel eo cognoscitur, quòd apud iuris nostri auctores de ipso semel, vel iterum mentio fit perrarò adhiberetur; cuius rei non leue indiciū est, quod vno, vel altero loco iuris nostri de eo agitur.

17 Quintò videndum est, quid respectu rerum, quę possidentur, sit ne possessio iuris, an facti; & concludo, iuris esse, in potestate enim est legis facere, ne res, quæ suaptè natura aptæ sunt vt possideantur, possint possideri, *l. 1. §. fin. l. qui vniuersas, §. 1. ff. de acquir. possess.*

18 Sextò quæritur, quid respectu retentionis? Illud in primis constituendum est, possessionem animo solo retineri, si quis enim absens sit a re, retineatque animum possidendi, possessionem quoque retinere dicitur, e contra verò si quis in re sit, non tamen habeat affectum possidendi, vtique eā non retinebit, *l. 3. §. in amittenda, ff. de acqu. possess. l. licet, C. eod. tit.*

19 Itaque animus quicquid hic agit, non vi sibi insita agit, sed ex potestate, quam lex ei tribuit: (vt enim suprà dicebam, & est verissimum, in res corporeas animus vim suam exercere nequit) & ideò fundi possessionem retineri animo pendeat ex legis constitutione; retentio ergo possessionis iuris est, non facti.

Idque probatur ex eo, quod furiosus, & infans animo possessionem retinent, *l. si is qui 27. l. possessionem pupillum 49. ff. de acquir. possess.* licet eorum animus naturaliter non sit ad id aptus, quia affectionē tenendi non habent, *vide text. in l. 1. §. 1. ff. de acquirend. possess.*

20 Septimò quęritur, quid respectu effectus, possessio an sit iuris vel facti, & iuris esse dicendum est, quia, possessorem fructus suos facere, interdictisque

ſe tueri poſſe, qui ſunt effectus poſſeſſionis, ex iuris diſpoſitione manat, ergo hoc reſpectu poſſeſſio iuris eſt. Hinc Imperator reſcribens Mancino, cuius ancilla ſe liberam aſſerebat, ait, *illam probare debere, ſe liberam eſſe, alioquin ipſe obtinebis ius poſſeſſionis inconcuſſum, l. non ideo minus, C. de liberal. cauſ.* hoc eſt ipſe in ſua poſſeſsione conſeruabitur, cuius præcipuus eſt effectus, vt res maneat apud poſſeſſorem, quouſque actor intentionem ſuã plenè probauerit, *§. retinendæ, Inſt. de interdict.*

21 Eodem ſenſu Conſtantinus *in l. ſi quis ad ſe fundum 7. C. ad leg. Iul. de vi pub.* ait, *cum quis vi poſſeſſione, expulſus fuit, quod in primis amiſſæ poſſeſſionis iura reparentur*, ideſt vt commoda, quæ poſſeſſio ſecum affert, reſtituantur, quod cum fieri non poſſit, niſi reſtituta poſſeſſione, ideò & ipſa poſſeſsio reſtituitur: eodem ſenſu Honorius III. *in cap. dilecto 28. de verbor. ſignif.* dixit, ſe ex reſcripto ſuo non intellexiſſe auferre ius, quod ex poſſeſſione acquiſitum erat cuidam Iacobo, ideſt commoda, quæ poſseſſio ſecum affert.

22 Hinc Papinianus *in l. peregrè 44. ff. de acquirenda poſſeſſione*, cum quæreret de eo, qui pecuniam condiderat, locique oblitus fuerat, an poſſeſsionem pecuniæ amiſiſſet, reſpondit. *Quoniam cuſtodiæ cauſa pecunia condita proponeretur, ius poſſeſſionis ei, qui condidiſſet, non videri peremptum*, ideſt eum commoda poſſeſſionis non amiſiſſe, & per conſequens nec poſſeſſionem, ea enim amiſſa, commoda ipſius euaneſcunt. vide text. *in §. retinendæ, Inſtitut. de interd. in l. 5. ff. de vſucap & l. bonæ fidei, de acquir. rer. domin.* Vlpian. quoque *in l. ſi finita, §. ſi quis metu ff. de damn. infect.* agens de eo, qui, cum miſſus eſſet in poſſeſſionem per Pretorẽ, metu ruinæ diſceſſit, ait, quod ſi rem adiuuare non poterat, integrum ius poſſeſſionis habere, ſin minus, eum amiſiſſe Prætoris beneficium, ideſt ius, & emolumenta poſſeſſionis, quod enim prius iuris nomine ſignificauit, deinde verbis illis *beneficium Prætoris* notare voluit.

23 Octauò queritur, quid reſpectu amiſſionis, an ſit facti, vel iuris, & eam facti eſſe verius eſſe videtur; ſtatim enim amittitur poſſeſſio, ac quis deponit animum poſſidendi, etiamſi in fundo ſit, *l. 3. §. in amittenda. ff. de acquir. poſſeſſ.* immò ſufficit ſuſpicio, ſe expelli poſſe ab eo, qui poſſeſſionem ingreſſus fuit, *l. ſi id, quod 25. §. fin. de acquir. poſſeſſ.* quæ omnia facti ſunt.

24 Verum re bene conſiderata, res aliter ſe habet: nam ſi amiſſio poſſeſſionis facti eſſet, ſufficeret, animum re ipſa fuiſſe depoſitum; conſequens eſt falſum, ergo & antecedens falſum erit.

Quod autem conſequens ſit falſum, probat tex. *in l. ſi is, qui 27. de acquir. poſſeſſ.* vbi, qui furioſus eſt, poſſeſſionem retinet, & tamen non habet animum poſſidendi, & hoc eſt, quod ait textus, furioſum non poſſe deſinere animo poſſidere, corpore verò ſic, quia poſſeſſionis amiſſio iuris eſt, amiſſio verò detentionis in mero facto conſiſtit.

25 Eandem concluſionem probat tex. *in l. poſſeſſionem pupillum 29. infra*, dum ait, poſſe quidem pupillum deſinere poſſidere corpore, non autem animo, quia quæ facti ſunt amittit pupillus ſine tutoris auctoritate; ergo cum poſſeſsionem veram pupillus non amittat ſine tutoris auctoritate, amiſſio veræ poſſeſſionis non erit meri facti.

26 Nonus eſt articulus, quid reſpectu recuperationis: hæc diſputatio intelligitur in terminis poſtliminij, quo omnia iura recuperantur ab eo, qui reuerſus eſt ab hoſtibus, *§. ſi ab hoſtibus, Inſtit. quibus mod. ius patr. poteſt. ſolu. & ff. de acquir. poſſeſſ. l. cum hæredes, §. 1.* an quò ad hũc effectũ ſit iuris vel facti.

Et concludendum eſt, eam eſſe facti, *l. denique 19. ex quibus cauſ. maior. in l. cum hæredes 23. de acquiren. poſſeſſ.*

Nam ſtatim atque quis captus fuit, deſijt poſſidere, *l. in bello, §. facti, de capt. & poſtlimin. reuerſ.* propterea poſſeſsionem huiuſmodi amplius recuperare non poteſt: nam a priuatione ad habitũ non datur regreſſus; meritò noua opus eſt poſſeſſione, quæ ideò poſtliminio non continetur, quia factum requirit, corporis ſcilicet apprehenſionem, *l. 8. ff. de acquir. poſſeſſ.* quæ autem factum requirunt, non cõtinentur in poſtliminio.

Et hæc ratio eſt illa, quam conſiderat I.C. *in l. denique, ex quibus cauſ. maior.* cum ait, ideò poſſeſſionem nõ contineri in poſtliminio, quia plurimum facti habet, non enim loqui poteſt de recuperatione amiſſæ poſſeſſionis, quia illa nũquam poteſt reuiuiſcere; ergo dicendum eſt, eum loqui de adeptione nouæ poſſeſſionis, de qua re ſi plura ſcire cupis, conſule Doctores *in l. ſi is qui pro emptore*, vbi Bolognet. *num. 95. de vſucap.* & Hieronym. Papon. *in ſua diſput. an poſſeſſio ſit iuris.*

Explicandum modò eſt, an poſſeſſio in ſui eſſentia ſit iuris vel facti, cumque cap. 21. a num. 14. dixerim ſententiam meam, nihil aliud ſupereſt, quam argumenta a DD. propoſita, quod tunc promiſi, expendere.

In hac quæſtione duæ ſunt precipuæ opiniones, alij enim dicunt, eam eſſe iuris, alij cõtendunt, eam eſſe facti, & plurimi ſunt, qui iuris eam eſſe aſſerũt. vide Doctores *in l. 1. de acquir. poſſeſſ. & in l. naturaliter, §. nihil commune, ff. eod.* D. Fach. lib. 8. cap. 5. Alex. Turam. *in libell. de ver. poſſeſſ. ſubſt.* Hieroni. Papon. *in diſputatione de hac re edita.*

27 Pro prima opinione adducitur tex. *in l. ſi ea res 32. de act. empt.* vbi I.C. loquens de emptore rei, ait. *Is ex vobis tuendus eſt, qui prior ius eius apprehendit; hoc eſt is, cui primum tradita eſt*: ius eius apprehendit, ait I.C. ideſt poſſeſſionem, cum enim is qui tradidit non eſſet dominus, huiuſmodi verba de ſola poſſeſſione debent accipi.

Reſpondet Pontan. *in l. 1. ff. de acquir. poſſeſſ.* & cum eo Bologn. *num. 142.* intelligi de iure quod habebat venditor, ſcilicet de iure præſcribendi.

Non rectè, quia nimis improprius eſſet modus loquendi, ius venditoris apprehendere, ideſt iura eius conſequi; ſecundò textus ſe ipſum explicat, dicendo, *ideſt, cui res tradita eſt*, de poſſeſsione enim hoc intelligi debet, non autem de tranſlatione iuris præſcribendi, cum illud non per ſe veniat, ſed in conſequentiam poſſeſsionis.

28 Secundò idem Pontanus reſpondet, & cum eo Socin. iun. *in d. l. 1. nu. 183. in fine*, iuris appellatione ibi intelligi de vſucapione.

Non rectè primò, quia nullum eſt ibi verbum de vſucapione. Secundò, quia quæſtioni non conueniebat

niebat mentio præſcriptionis: nam ibi quærebatur, quis ex duobus præferendus ſit; aitque I. C. ſi venditor fuerit dominus, is potiora iura habebit, qui ab eo accipit rem, etiamſi alius prius ius eius adeptus fuiſset, quod vtique non accideret, ſi iam præſcriptio completa fuiſset, per eam enim dominus factus fuiſset.

29 Tertiò, quia ineptus eſset modus loquendi, ius rei apprehendere, ideſt præſcriptionem complere, & ineptior interpretatio I. C. dum ait prædicta verba explicans, ideſt *cui tradita res eſt*; nam ex traditione rei non conſequimur præſcriptionem, ſed cauſam præſcribendi.

Tertiò reſpondet Romul. *in eod. l. 1. numer.* 55. & cum eo Turaminus *de ſubſt. cap.* 5. *numer.* 10. ibi poſſeſsionem non ſimpliciter conſiderari, ſed quatenus producit iuris effectum, ſcilicet prælationem, meritò appellatur nomine iuris.

Non tollitur difficultas, quia ſemper, eum agimus de poſſeſsione, quò ad aliquem eius effectum eam conſideramus.

30 Ego reſpondeo, iura prædiorum appellari in legibus noſtris etiam ea, quæ eius naturales qualitates ſunt, vt ſalubritas, fertilitas &c. *l. quid aliud eſt, de verb. ſign.* meritò etiam poſſeſsio ius agri appellari poteſt. vide tex. *in l. ſtipulatio iſta, §. ſi quis forte, de verb. oblig.* non tamen ſequitur, ergo non eſt facti, quia ſalubritas, fertilitas, facti ſunt, & tamen iura prædiorum appellantur, itaque differt ſermo hic, poſſeſsio ſimpliciter ius eſt, & poſſeſsio agri ius eſt.

31 Secundò adducitur tex. *in l. poſſeſſio quoque 49. infra*, dũ ait per ſeruum vſuſructuarium nobis quæri poſſeſsionem, rationem enim I. C. reddit, quia vſuſructuarius tenet ſeruum, *& poſſeſſio plurimum iuris habet*: ergo poſſeſsio facti dici non poteſt.

Reſpondeo, I. C. dicere poſſeſsionem plurimũ iuris habere, vt oſtendat, eam ex ijs rebus eſſe, quæ per ſeruum domino acquiruntur; ſunt enim aliqua, quæ per ſeruum domino non acquiruntur, ea ſcilicet, quæ in mero facto conſiſtunt, §. 1. *Inſt. de ſtipul. ſeru.* Itaque ſenſus huius textus eſt; Poſſeſsio per ſeruum vſuſructuarium quæritur, quia ſeruus ab vſuſructuario tenetur, & poſſeſsio, licet factum deſideret, habet tamen plurimum iuris, hoc eſt ex illis, non eſt, quæ in dominum per ſeruum non poſsint transferri, quapropter, & vſuſructuario quæri poteſt per ſeruum, cuius vſumfructum habet.

Tertiò pro eadem opinione adducitur textus *in l. cum hæredes 23. in princip. infra*, cum ait, *Cum hæredes inſtituti ſumus, adita hæreditate, omnia quidem iura ad nos tranſeunt, poſſeſſio tamen niſi naturaliter apprehenſa ſit, ad nos non pertinet.* Vides hic textum generalem facere concluſionem, iura ad nos tranſire, adita hæreditate, poſſeſsio tamen non tranſit, ſi poſſeſsio non eſſet ex genere iurium, ineptus fuiſſet I. C. excipiendo poſſeſsionem, quæ ſub propoſita aſſertione non continebatur.

Reſpondeo, hæreditatem eſſe ſucceſsionem in vniuerſum ius defuncti, *l. hæreditas, de verbor. ſignif.* ius autem accipitur pro ſtatu, & conditione defuncti; propterea, ſi malam fidem habuit, eam quoque hæres habere cenſetur, *§. diutina, Inſtit. de vſucap. cum ſimil.* & tamen bonam fidem habere res eſt facti, *l. bona fide, de acq. rer. domin.* Reſpondeo igitur, quod cum agimus de iuribus in hæredem tranſeuntibus, ius generaliter accipiatur pro conditione legali defuncti; quæ non minus pertinent ad ea, quæ in iure conſiſtunt, quam ad ea, quæ meri facti ſunt, vt de bona fide accidit.

32 Quartò pro eadem opinione adducitur tex. *in d. l. cum hæredes*, vbi agens I. C. de ciuibus Romanis captis ab hoſtibus, ait, *In his, qui in poteſtate hoſtium peruenerunt ſingulare ius eſt in retinendo iure rerum ſuarum, corporalem tamen poſſeſſionem amittunt*: ergo ex iuribus poſſeſsio eſt, exceptio eſt enim de illis, quæ ſub regula continentur.

Reſponſio ex dictis num. 7. colligitur, aliud eſſe ius ſimpliciter, aliud eſſe ius rerum, poſſeſsio itaque licet dicatur ius rei eſſe, non tamen ſequitur, ergo eſt ius ſimpliciter, ex quo etiam reſpondemus ad textum *in l. ſtipulatio iſta 38. §. 1. ff. de verb. oblig.* dum poſſeſsionem ius rei appellat.

33 Secunda fuit opinio illorum, qui dixerunt, poſſeſsionem eſſe facti, quam poſt Roman. tuẽtur omnes ferè recentiores, præcipuè Io. Bolog. *in l. 1. ff. de acquir. poſſeſſ.* & Turamin. *de ver. poſſeſſ. ſubſt. cap. 6.* Papon. *in diſput. de hac re edita.*

Pro qua opinione primò adducitur tex. *in l. 3. §. ex contrario, de acquir. poſſ.* dum ait, nihil in ſumma poſſeſsionis referre iuſta ſit, an iniuſta, etenim iuris eſſe, & iniuſtam eſſe non videntur conuenire, quia ius eſt, ars æqui & boni, *l. 1. ff. de iuſt. & iure.*

Reſpondeo, quod iuſta, an iniuſta poſſeſsio ſit, quò ad titulum nihil referre, quia lex conſtituit, nõ pendere poſſeſsionis ſubſtantiam a titulo; non tamen ſequitur, ergo poſſeſsio factum eſt, nam opus eſt, vt ipſa poſsit in eſſe deduci, & conſeruari, vt regulæ iuris obſeruentur, vt expoſui in c. antecedenti a num. 3.

34 Secundò adducitur textus *in l. 1. ff. de acq. poſſeſſ.* dum dicit, poſſeſſio dicta eſt, quaſi poſitio, poſitio enim factum, non ius exprimit.

Reſpondeo, aliter interpretandum eſſe hunc locum, vt expoſui ſupra c. 20.

Tertiò adducitur *l. ea, quæ 13. de acquir. rer. dom.* dum ait. *Ea quæ ciuiliter acquiruntur per eos, qui in poteſtate noſtra ſunt acquirimus, veluti per ſtipulationem, quod naturaliter acquiritur ſicut eſt poſſeſſio, per quemlibet volentibus nobis acquirimus.*

Reſpondeo negãdo ſequelam naturaliter, ideſt apprehenſione acquiritur poſſeſsio, ergo facti eſt: nã ex facto ius oritur, ideò autem dicitur, per quemlibet eam acquiri, quia quicumque rem poſsidet ſuo nomine, ſi conſtituat ſe noſtro nomine poſsidere, in nos transfertur poſſeſsio, *l. qui meo, ff. de acquiren. poſſeſſ.*

35 Quartò adducuntur modi quidam loquendi, qui de poſſeſsione in iure vſurpentur, qui ei non conuenirent, ſi non eſſet factum; dicimus enim, *eſſe in poſſeſſione, l. ſi quis, ff. de acquir. poſſeſ. poſſeſſionem vacuam tradi, l. ſi me in vacuam, eod. tit.* Iuribus enim hæc non conueniunt; non enim dicimus eſſe in dominio, nec dicimus vacuum dominium tradi.

Reſpondeo, quod dicitur in poſſeſsione eſſe, eo modo dici, quo dicimus in ſeruitute eſſe, *iuxta tex. in §. fin. Inſt. de ingen.* vacuam autem poſſeſsionem tradi dicimus habita relatione ad rem, quæ tradi-

tur,

tur, vbicunque enim poteſt detineri ab aliquo, poſſeſſio non dicitur vacua.

36 Quintò mouentur, per obliuionem amittitur poſſeſſio, vt notatur *in l. peregrè, de acq. poſſeſſ.* ergo non eſt ius, neque enim dominium, nec alia iura amittuntur per obliuionem.

Reſpõdeo, opus eſſe animo, vt poſſeſſio retineatur, *l. licet, C. eod.* nil mirum ergo ſi obliuione amittatur, quia tunc animus poſſidẽdi deponitur, quod ideò nõ accidit in dominio, & cæteris iuribus, quia ad illa retinenda, huiuſmodi animi retentio non eſt neceſſaria.

37 Sextò adducitur, quod poſſeſſio per violentiam eripitur, *l. ſed ſi nolit 25. infra*, ergo non eſt ius, quia iura per violentiam non auferuntur.

Reſpondeo, ideò hoc accidere, quia qui egreditur rem, nec in defenſione eius perſiſtit, dimittit animum poſſidendi.

Septimò adducitur, quia iura tranſeunt in hæredem, & tamen non tranſit poſſeſſio, *l. cum hæredes, ff. de acq. poſſ.*

Reſpondeo hoc eſſe, quia natura poſſeſsionis eſt, vt extinguatur morte poſsidentis, animus enim poſſidendi extinguitur, ideò regula, quæ agit de iuribus, quæ morte non extinguuntur, ad poſſeſsionem trahi non poterit. vide ſupra c. 21. a nu. 22.

38 Octauò adducitur textus *in d. l. cum hæredes, §. 1.* vbi poſtliminio iura recuperantur, non tamen poſſeſſio recuperatur.

Reſpondeo, id accidere, quia natura poſſeſſionis reſiſtit, vt in c. antecedenti, nu. 26. declaraui.

Nonò adducitur omnia, quæ in poſſeſſione cõcurrunt facti eſſe corpus, animus apprehenſio.

Reſpondeo, hæc omnia ciuiliter conſiderari, & quatenus habẽt iuris adminicula, vt declaraui in c. antecedenti, ideò non ſequitur, ergo id, quod naſcitur ex facto, factum eſt; nam ſeruitutes, actiones, obligationes ex huiuſmodi factis deſcendunt, & tamen ſunt iura.

39 Decimò adducitur, quod poſſeſſio amittitur per inundationem, *l. Pomponius, ff. de acquir. poſſeſſ.* ergo non eſt ius, id enim non contingit in dominio, quod eſt ius, non factum.

Reſpondeo, id eſſe, quia præſumitur poſſeſſorẽ depoſuiſſe animum poſſidendi propter vim aquarum, quo amiſſo poſſeſſio perit; & ex his vtriuſque partis fundamenta commodè deſtruuntur. Quid autem de hac re ſentiendum ſit conſule dicta ſuprà c. 21. a num. 14.

De intellectu l. 1. §. ſi vir vxori, ff. de acquir. poſſeſſ. Cap. XX.

1 SCribit Paulus lib. 54. ad ædictum. *Si vir vxori donationis cauſa tradat poſſeſſione, plerique putant poſſidere eam, quoniam res facti infirmari iure ciuili nõ poteſt. & quid attinet dicere, non poſſidere mulierem cum maritus vbi noluerit poſſidere protinus amiſerit poſſeſſionem?*

Dubitatur, quid ſibi velit I. C. dum ait, *quoniam res facti infirmari iure ciuili nõ poteſt*, Bart. ibi dixit, hoc intelligendum eſſe de acquiſitione poſſeſsionis, quæ a facto, ideſt a traditione, & apprehenſione naturaliter cauſatur.

2 Non rectè, quia falſum eſt acquiſitionẽ poſseſsionis a lege non poſſe impediri, nam poteſt, vel perſonam reddere poſſeſsionis incapacem, vel ſtatuere, ne res poſsideri poſſit. vide text. *in l. qui vniuerſas. 30. §. 1. & l. poſſeſſio quoque 49. ff. de acq. poſſ.*

3 Secundò loco Alex. *in l. 1. ff. de acq. poſſ. num. 11. propè finem* intelligebat de actu apprehendendi poſſeſſionem, vel transferendi, qui ſunt facti, & ideò iure ciuili nequeũt infirmari, ſequitur ibi Soc. ſen. *n. 28. verſ. igitur*, & alij com. teſte Bolog. *ibi n. 61.*

Non rectè, quia I. C. reddit rationem, cur mulier acquirat poſſeſſionem, & ait, id eſſe, quia res facti iure ciuili infirmari non poteſt, vt bona ratio ſit, textus non eſt intelligendus de actu apprehendendi poſſeſſionem; non enim bona conſequentia eſt, lex non poteſt infirmare actum apprehenſionis, ergo non poteſt impedire, ne ex huiuſmodi apprehenſione poſſeſſio acquiratur. vide tex. *in l. poſſeſſionem pupillum 29. eod. tit. de acq. poſſeſſ. in l. non dubium, C. de legib.* idque notauit Bolognet. *in d. §. ſi vir, num. 14.*

4 Tertius eſt intellectus Alciat. textum loqui de poſſeſſione naturali, cum enim mulier rem ſibi a viro donatam non poſſideat iure ciuili, *l. ſi cum 27. ff. de donat. int. vir. & vxor.* ſequitur dum tex. ait, mulierem res huiuſmodi donatas poſſidere, intelligendũ eſſe de poſſeſſione naturali. Nil mirum ergo ſi dicat rem huiuſmodi facti eſſe, quia poſſeſſio naturalis facti eſt, hoc eſt factum, non autem ius, idem docet ibi Cuiac.

5 Contra, quia immò lex efficere poteſt, ne quis poſſeſſionem naturalem ex apprehenſione acquirat, vt accidit in furioſo, & pupillo, vt oſtendit Paulus *in §. antecedenti d. l. 1.* ſicut etiam facit ne huiuſmodi poſſeſſio naturalis amittatur ex actu aliàs proportionato ad amiſſionem, *l. pupillus, de acq. rer. domin.* dum ait *alienare verò nullam rem poteſt, niſi præſente tutore auctore, ac nec poſſeſſionem quidem, quæ naturalis eſt.*

6 Et cum poſſit lex efficere, ne res, quæ aliàs poſſideri poſſet, poſſideatur *l. 1. §. fin. l. qui vniuerſas, §. 1. ff. de acq. poſ.* poſſitque efficere ne quis poſſeſſionis capax ſit, *l. cum hæredes, §. 1. eod. tit.* ſuſtineri non poſſet dictum I. C. ideò mulierem poſſidere, quia hoc impediri a iure ciuili non poteſt.

Denique cum poſſeſſio illa, quam mulier habet, efficiat, vt fructus ſuos faciat, *l. fructus, ff. de vſuris*; ſequitur tex. agere de poſſeſſione, quæ creatura iuris eſt, ergo huiuſmodi poſſeſſio dependet a legis auctoritate, quæ propterea ad libitum poterit a lege infirmari.

7 Quartus eſt intellectus aliorum, qui dicebant, ideò ſic loqui tex. quia poſſeſſio in ſui ſubſtantia facti eſt. Ita Bolognet. *ibi num. 17.* Alex. Turam. *de vera ſubſtantia poſſ. c. 6. num. 49.*

Non rectè, quia, vt ſupra probaui, lex poteſt facere, ne ex actu alias proportionato poſſeſſio amittatur, poteſtque reddere quem vult poſſeſſionis incapacem, & etiam ſtatuere ne res poſsideri poſſit: ergo mala conſequentia eſt, ſubſtantia poſſeſſionis facti eſt, ergo lex non poteſt impedire mulierem, ne poſſeſſionem acquirat; licet enim ſubſtantia poſſeſſeſſionis facti ſit, nihil tamen impedire poteſt, ne adeptio eius a lege impediri poſſit, eſt enim animaduer-

maduertendum, possessionem non esse merum factum naturale, sed esse factum ex aduersariorum sententia loquor, ex actibus naturalibus legis aucto ritate deductum, quod aliàs per se huiusmodi actus producere non possent. Naturaliter enim animus non exercet potentiam suam in res extrinsecas, & corporeas, nec naturaliter, eum ego pariem fundi teneo, totum fundum occupare videor, & ideò regula, ea, quæ sunt facti, iure ciuili nequeunt infirmari, non pertinet ad rem nostram, intelligitur enim de illis, quæ immediatè oriuntur ex ipso facto, & ex natura ipsius.

8 Quid dicendum? res valdè difficilis est, pro eius explicatione prius intelligere oportet id, quod in §. antecedenti Paulus proposuit.

Eo loci Paulus hanc constituit conclusionem. *Furiosus, & pupillus sine tutoris auctoritate non possunt incipere possidere* rationemque subdit, *quia affectionem tenendi non habent, licet maximè rem suo corpore contingant, sicuti si quis dormiente rem in manu ponat*, refert deindè quandam opinionem Neruæ, & Offilij, qui dicebant etiam *sine tutoris auctoritate possidere incipere posse pupillum*, pupillum inquam omnem, hac ratione moti *eam rem enim facti, non iuris esse*. Hanc tamen sententiam Paulus ita demum veram putat, si pupilli *eius ætatis sint, vt intellectum capiant*; ergo reijcit prædictam rationem *eam rem facti esse, non iuris*, alias non esset constituenda differentia, an pupilli intelligant, nec ne, cum & pupillus, qui non intelligit, facti capax fit, & hoc clarè demonstratur ex ratione, quam pro sua opinione proponit suprà, *quia affectionem tenendi non habet, licet maximè rem corpore suo contingant, sicuti si quis dormienti aliquid in manu ponat*, si enim verum est incipere possidere esse facti, non iuris vtique sufficeret rem corpore tenere, in hoc enim factum consistit. Nam affectus possidendi, licet sit factum, tamen cum naturaliter ad acquirendam possessionem non sit aptus, quia potētiæ intrinsecæ non habent vim naturalem in res extrinsecas, & corporeas, iuris potius dici debet, quam facti, & ideò tex. *in l.* 1. §. *Scęuola, ff. si quis test. liber.* contra distinctè ponit facti esse, & animi.

9 Hoc explicato accipiamus tex. nostrũ. Ait Paulus. *Si vir vxori cedat possessione causa donationis, plerique putant possidere eam*. Cedat possessione, idest desinat possidere, dimittat possessionem eo sensu, quo dicimus cedere loco, cedere patria, cedere domo, cedere vrbe. Horum autem numero fuerunt Iulianus, vt patet ex *l.* 1. *in fine, ff. pro donat.* cuius opinionem probat Vlp. *in l. uec vllam, §.* 1. *de petit. hæred. in l. quod vxor* 16. *de acq. poss.* & Pomponius *l. fru ctus* 45. *ff. de vsur.*

Huius autem opinionis rationem Paulus statim subdit, *quoniam res facti infirmari iure ciuili non potest*, hęc ratio intelligi debet de acq. poss. ad proban dum enim vxorem ex donatione acquirere posse possessionem, rationem hanc adferebant.

10 Continet autem hæc ratio responsionem ad tacitam obiectionem, quod cum iure ciuili prohibitum fuerit, quidquam mulierem acquirere ex donatione sibi a viro facta, videbatur, nec possessionem eam ex hac causa acquirere posse; continet, inquam, responsionem ad hanc possessionem, quod adeptio possessionis res facti est, quæ iure ciuili infirmari propterea non potest.

Ergo cum Paulus in §. antecedenti eorum opinionem reiecerit, qui dicunt adeptionem possessionis esse facti, quæ iure ciuili infirmari non possit, vt ostendi, omni caret probabilitate, ipsum eam hoc loco approbare; dico ergo, Paulum referre opinionem prædictam, & rationem, quam eius auctores afferebāt, eũque opinionem quidem sequi, sed rationem huiusmodi non approbare.

11 At dices, cur ergo Paulus non redarguit huiusmodi rationem? quia eum paulò ante id fecisset, superfluum erat id de nouo facere.

Dices tu, qua ergo ratione Paulus hanc opinionem recepit? Respondeo ex ratione, quę his verbis continetur. *& quid attinet dicere non possidere, cum maritus vbi noluerit possidere, protinus amiserit possessionem?* Statim atque maritus noluit possidere, statim res vacans fuit, itaque dum mulier possessionem apprehendit, eam non acquirit ex donatione mariti, sed ex apprehensione rei vacantis, & per consequens cessat prohibitio iuris ciuilis, quæ pertinet ad ea, quæ mulier ex donatione viri acquirit, non ad ea, quæ ex alio titulo ipsa consequitur.

Mobilium rerum possessio quemadmodum amissa custodia amittatur. Cap. XXI.

1 Non caret dubitationibus hęc quæstio, & ideò ab hoc tractatu eius explicatio non est aliena. Nemo autem, vt hinc exordiar, ignorat regulam esse constitutā dam. *Res mobiles, excepto homine quatenus sub custodia nostra sint, possideri*, idest quatenus, si velimus, earum possessionem nancisci possumus, ita enim disertis verbis rem hanc explicauit Paulus *in l.* 3. §. *Nerua filius, ff. de acquir. poss.* idem sentit I. C. *in l. si rem mobilem* 47. *ff. de acquir. poss.* inquiens, *quod rerum mobilium neglecta, atque omissa custodia, quamuis eas nemo alius inuaserit, veteris possessionis damnum afferre consueuit, idque Nerua filius in lib. de vsucapionibus retulit.*

2 Non omnes tamē intelligunt rationem, cur hoc constitutum fuerit, cum neglecta, aut omissa custodia rerum immobilium non afferat damnum veteris possessionis, *l.* 3. §. *saltus hybernos, ff. de acquiren. poss. & §. quod vulgo, ff. de vi, & vi armata.* Nam quod ait Accurs. *in l. rem, quæ nobis, in verbo excepta. de acquir. poss.* quem sequuntur Alex. & Iaſ. *in dicto §. Nerua*, num. 3. ideò hoc contingere, quia vilis est, & abiecta rerum mobilium possessio, non leues patitur difficultates, cum enim possessio rerum mo bilium vsucapionem pariat, & cætera commoda tribuat, quæ possessio rerum immobilium affert, cur vilis, & abiecta dici debet? iure meritò igitur Soc. iun. *in l.* 1. *nu.* 147. *ff. de acquir. poss.* negat huiusmodi possessionem vilem, & abiectam esse.

3 Non subsistit etiam alia ratio, quam proponit Soc. sen. *in dicto §. Nerua, num.* 6. dum dicebat, eum qui custodiam amittit rei mobilis, videri animum possidendi dimittere, cum enim facillimè res mobiles abscondantur, qui earum custodiam negligit possidere, se eas nolle ostendit. Non subsistit inquā, quia cum ignoranter huiusmodi possessio amittatur *l.* 3. §. *si rem apud te, & dicta l. si rem mobilem. ff. de acquir.*

acquir. poſſeß. clarè appatet hoc ex animo poſsidentis non dependere, & ideò I. C. *in dicto §. Nerua*, retentionem poſſeſsionis rerum mobilium, nõ ad voluntatem poſſeſſoris rei retulit, ſed ad facultatem rem corporaliter apprehendendi, dum dixit, *ideſt quatenus, ſi velimus naturalem poßeßionem nanciſci poſſumus*.

4 Ego ſic rem iſtam explico. Poſsidere dicitur a pos, & ſedeo, & poſſeſsio dicitur quaſi poſitio, ideſt quaſi ſitus, quia qui poſsidet, ſitum habet, in quo ſedere poſsit, vt ſupra explicauimus ca. 19. nil mirum ergo, ſi rerum immobilium, quas ſine cuſtodia relinquimus poſſeſsionem retineamus, quia cum loco moueri non poſsint, & liceat quemcumque expellere, qui illas detineat, l. 1. C. vnde vi, ſitum, inſtare poſsimus, eoſque eouſque habere videmur, quouſque eiecti fuerimus.

5 Econtra verò ſtatim atque res mobilis ſub cuſtodia noſtra deſijt eſſe, amittimus facultatem illam ad libitum tenẽdi, quia facillimè occultari poteſt; qua ratione factum eſt, vt ſi exercitus magna vi ingreſsus fuerit fundũ meum, ſtatim etiam ignorans illam partem poſsidere deſinam, *l. quod meo nomine 18. §. final. ff. de acquiren. poſſeß.* quia cum non poſsim tantam vim repellere, non babeo amplius facultatem ibi morandi, & detentores expellendi.

6 A qua ſententia non longè recedit Cuiac. *in dicto §. Nerua, verſ. ratio bæc efficit*, dum dixit, res immobiles, quas ſine cuſtodia relinquimus, ideò nos poſsidere, quia ſemper præſentes eſſe videmur, his accedit ex occupatione rei ius poſſeſsionis deduci, vt expoſui ſupra cap. 51. ergo eatenus durat, quatenus res apud eum, qui occupauit, eſt, ideſt quatenus in eius poteſtate eſt, ergo amiſsa cuſtodia rei mobilis, poſseſsor deſinit poſsidere, non enim amplius in poteſtate eius eſt huiuſmodi res.

Res mobiles ergo eatenus poſsidentur, quatenus ſub cuſtodia noſtra sũt. Sub cuſtodia autem noſtra adhuc dicuntur res, quas apud alium depoſuimus, etiam ſi depoſitarius inficiari depoſitum conſtituerit, niſi rem loco mouerit, vt decidit text. *in l. 3. §. ſi rem mobilem, ff. de acquir. poſſeſſ.* nam antequam loco rem amouerit, nõ dicitur furtum eius feciſse, ergo ptiori titulo rem tenet, & ſic tanquam depoſitarius, ergo adbuc eſt ſub cuſtodia deponentis, quod eſt illud, quod intendit I. C. in illis verbis, *quia furtum ſine contrectatione fieri non poteſt, nec animo furtum admittatur*.

7 Nec huic traditioni obſtat textus *in l. ſi rem mobilem 47. ff. de acquiren. poſſeſſ.* dum ait. *Si rem mobilem apud te depoſitam ex commodato tibi poſſidere, neque reddere conſtitueris, confeſtim me amiſiſſe poſſeſſionem vel ignorantem reſponſum eſt*.

Quia Papinianus loquitur, cum res loco mota eſt, quod gloſs. ibi, & alij docuerunt, necnõ Cuiac. *lib. 16. qq. Papin. in explicatione d. l. ſi rem mobilem.* id autem quomodo ex verbis Papiniani deducatur videamus, cum nemo id explicet.

8 Ait I. C. reddens rationem eius, quod ſuprà propoſuit. *Cuius rei forſitan illa ratio eſt, quod rerum mobilium neglecta, atque omiſſa cuſtodia, quamuis nemo alius eam innaſeris, veteris poſſeſſionis damnum afferre conſueuit*.

Neglectam fuiſse cuſtodiã in propoſito dici non poteſt ab eo, qui rem penes aliquem depoſuit, omiſſam etiam fuiſse dici non poteſt, quouſque depoſitarius rem titulo depoſiti retinet, ergo vt cuſtodia omiſsa dici poſsit, neceſsè eſt, quod depoſitarius rem cęperit tenere alio nomine, quam depoſiti.

At dices hoc eſse contra verba Pap. qui loquitur, de illo etiam caſu, quo nemo poſseſſionem inuaſerit. Reſpondeo, eum ex Nerua hanc afferre aſſertionem *rerum mobilium neglecta, atque omiſſa cuſtodia veteris poßeſſionis damnum afferre conſueuit, etiam ſi nemo illam inuaſerit*, ea tamen non vtitur, in propoſita quæſtione decidenda, niſi quatenus ei conueniebat: itaque ea non vtitur, quò ad partem, poſtremam, quia in huiuſmodi ſpetie non poterat dici omiſsa, vel neglecta cuſtodia, niſi depoſitarius rem occupauiſset, quia furtum ſolo animo non fit, vt eſt auctor idẽ Pap. *in l. quod procurator, ff. mandat.* quod etiã habetur *in l. 1. & in l. in furando, ff. de furt.*

9 Sub cuſtodia noſtra etiam ſunt res, quæ diligenti habita inquiſitione reperiri poſsunt, quia cum in poteſtate noſtra ſit huiuſmodi diligentiam adhibere, in poteſtate noſtra quoque eſt illas corporaliter tenere, quod eſt illud, quod docet *l. 3. §. Nerua, ff. de acquir. poſſeſſ.* cuius rei exemplum præbet, *l. peregrè, de acquir. poſſeß.* dum agens, de eo, qui loci, vbi theſaurum occultauerat, oblitus fuerat, ait eum nõ deſijſse rem poſsidere, loci in quã oblitus fuerat, nõ fundi, quia tũc ſecus eſset, quia vix eſt vt poſſit theſaurus tunc reperiri. vide tex. *in l. ſi id quod 25. ff. de acquir. poſſeß.*

10 Quoniam autem Pap. & Paulus excipiũt ex hac regula ſeruos, ideò quid circa eos veteribus I. C. placuerit videamus, ſeruum poſsideri a nobis, cum in fuga eſt legitur *in l. Pomponius 13. & in l. rem, quæ nobis, de acquir. poſſeſſ.*

Contrarium ex Papiniano legitur *in l. ſi rem mobilem 45. eod. tit.* dum ait. *Idem ſcribit aliam cauſam eſſe hominis commodati omiſſa cuſtodia, nam poſſeſſionem tandiu veterem fieri, quandiu eum nemo alius poſſidere cęperit: videlicet ideò, quia poteſt homo propoſito redeundi poßeſſionem ſui conſeruare: cuius corpore poßumus cæteras quoque res poſſidere. Igitur earum rerum, quæ ratione, vel anima carent confeſtim amittitur poſſeſſio, homines autem retinentur, ſi reuertendi animum baberent.*

Si enim ſeruos eatenus poſsidemus, cum abſentes ſunt, ſi animum reuertendi babuerint, nõ video quomodo ex ſententia Pap. elici poſsit ſeruos fugitiuos a nobis poſsideri, quod eò difficilius colligi poteſt, quod totum hoc colligit ex libris Neruæ, qui circa hanc rem aliter, ac cæteri ſentiebat, *l. 1. §. per ſeruum*, vbi Cuiac. *de acquir. poſſeſſ.*

Non ignoro, quid DD. ſcripſerint, a quibus non diſcedit Cuiac. *lib. 26. qq. Pap.* ſed violant tex. ideò aliorum iudicium expecto, ac intelligere cupio, mihi enim ratio buius difficultatis explicandæ nondum occurrit.

Res mobiles, & ſe mouentes in bello captæ, quibus acquirantur ad §. item ea, Inſtit. de rer. diuiſ. *Cap. XXII.*

1 IMmobilia bello capta Principi acquiri conuenit inter DD. id etenim diſertè dicitur *in l. ſi captiuis,*

ptinis, §. expulsis, ff. de capt. & postlimin. reuers. Publicatur, inquit textus, *ille ager, qui ex hostib. captus est*, quod tamen non erat perpetuum, nam solebat etiam veteranis in præmium assignari, *vt in l. Lucius 11. de euictio*. relinquebaturque interdum veteribus possessoribus, quod testatur Flaccus *in libro de conditione agrorum*, dum ait. *Nec tamen omnibus personis victis ablati sunt agri: nam quorundam dignitas, aut gratia, aut amicitia victoris ducē mouit, quod eis concederet agros suos*; de qua re latè, & eruditè P. Faber *lib. 2. Semestr. c. 4.*

2 Mobilia verò bello capta, cuius sint discrepant DD. etenim ea militibus, qui occupauerunt acquiri affirmant Vacon. a Vacun. *lib. 2. cap. 35*. Barthol. Romul. *in l. 1. ff. de acqu. poss. nu. 27*. Soc. iun. *nu. 58*. Cuiac. *lib. 19. Obseru. c. 7. & in not. ad lib. 2. Inst. in §. item ea, quæ ex hostibus*, quæ fuit sententia D. Tho. *de regimine Princip.* si modò eius germanum opus est, *lib. 3. cap. 11*. Adriani, Victoriæ, Alphonsi a Castro Theologorum, si credimus Gregorio de Valent. eos referenti *comment. Theologar. tom. 3. disp. 3. quæst. 16. de bell. punct. 3. col. mihi 6. littera E, vers. tertia assertio, vbi col. seq. littera B, vers. quod ipsum*, hoc iuri consentaneum dicit.

3 Mouentur legum earum auctoritate, quibus dicitur, res in bello captas occupantibus acquiri, & in primis Iustiniani, qui Instit. *de rer. diuis. § item ea*, inquit, *Item ea, quæ ex hostibus capimus, statim nostra fiunt iure gentium*, cum eo conueniunt Caius *in l. naturalem, in fine, ff. de acquir. rer. domin.* Paul. *in l. 1. ff. de acquir. poss.* inquit Caius. *Item in bello capta, & insula in mari nata, & gemma, & lapilli, ac margaritæ in littoribus inuenta eius fiunt, qui primus earum possessionem adeptus est*. Idem ante hos dixit Aristot. *lib. 1. Politic. c. 4. Conuentio quædam est* (ait ipse) *per quam bello capta illorum fieri dicuntur, qui ceperunt*, & longè clarius id probari videtur *in l. transfugam 51. ff. de acquir. rer. domin.* ibi enim leguntur hæc verba, *quæ res hostiles apud nos sunt, non publicæ, sed occupantium fiunt*.

4 Alij verò militibus quidem huiusmodi res acquiri existimant, at non simpliciter, sed cum onere eas ducibus exhibendi, vt ab ipsis pro cuiusque meritis inter milites distribuantur, quę sententia adeò iuris interpretibus placuit, vt neminem ab ea discrepantem se inuenisse asserat Romuleus *in l. 1. de acquir. posses. num. 27.* vbi hanc opinionem sequuntur Alex. *num. 4.* Ias. *num. 9*. Soc. sen. *in 1. lect. nu. 6. & in 2. num. 9.* idem scribit Couar. *in cap. peccatum, par. 1. §. ij. nu. 6. propè fin.*

5 Fundamentum, quatenus affirmant res huiusmodi militibus acquiri, constituunt in iuribus, quæ dicunt, res in bello captas occupantibus acquiri, quod verò addunt, milites tamen debere eas ducibus exhibere, eliciunt *ex l. penult. §. simili etiam modo, de donat.* cum inquit, *Simili etiam modo a gestoribus absoluimus ordinatione, donationes rerum mobilium, vel se se mouentium, quas viri gloriosissimi magistri militum fortissimis præstant militibus, tàm ex sua substantia, quàm ex spolijs hostium*.

Etenim si magistri militum spolia militibus donant, milites, qui ea occupauerunt, debent vtique ducib. exhibere; fieri enim nō posset donatio hmōi rerū, si apud eos manerēt, qui primi occupauerūt.

6 Addunt etiam huiusmodi distributionem fieri oportere, ne fortes, & probi, dum pugnando strenuam Reipublicæ operam nauant, prædæ sibi debita parte fraudentur, alijs interim res hostium capientibus; & ne milites prædæ cupiditate, dimissa hostium persecutione populationi incumbant, quę res pulcherrimas victorias è victorum manibus eripuit sæpissimè, vt rerum monumenta attestantur.

7 Fauet huic opinioni id, quod lib. 1. Regum legitur c. 30. *propè finem. Omnis vir pessimus*, sunt verba textus, *& iniquus de viris, qui ierant cum Dauid dixit, quia non venerunt nobiscum non dabitur eis quicquam de præda, quam eruimus*. Ponit deinde textus responsionem Dauid his verbis. *Non sic facietis fratres mei de his, quæ tradit nobis Dominus, & custodiuit nos, & dedit latrunculos, qui irruperant aduersus nos in manus nostras, nec audiet quispiam super sermone hoc. Æqua enim erit pars descendentis ad prælium, & remanentis ad sarcinas, & deinceps constitutum, & præfinitum est, quasi lex in Israel vsque in diem hunc*. Vides hic pessimos appellari eos, qui diuisionem prædæ inter milites fieri nolebant, ergo sequitur omninò hanc diuisionem fieri debere, aliàs res erit iniqua, & pessima.

8 Addo præterea, quod cum hic agatur de interpretatione eorum locorum, quibus dicitur iure gētium capta in bello occupantium fieri, optimè eorum sensum colligi ex gentium, & populorum in hac re consuetudine; consuetudo enim optima legū interpres est, *l. si de interpretatione 36. ff. de legib.*

9 Consueuisse autem gentes prædam inter milites diuidere ex eorum scriptoribus probari videtur, nam de Gallis Polibius *lib. 2.* sic inquit ex translatione Perrotti. *Hinc orta inter eos pro diuisione prædæ seditio vsque adeò processit, vt non solum prædæ, verum etiam Imperij magnam partem perdiderint*. Et de eisdem Gallis rursus idem Auctor *lib. 3*. inquit. *Hi Gallos incompositos, inopinatosque adorti, quippe de diuisione prædæ ortum inter eos certamen erat, ingentem terrorem, cædemque, ac fugam, vsque ad castra hostium fecere*.

De Græcis testem locupletissimum habemus Virgilium, qui morum obseruantissimus libro secundo de eis sic canit.

Procedo ad Priami sedem arcemque reuiso
Et iam porticibus vacuis Iunonis asylo
Custodes lecti Phœnix, & dirus Vlisses
Prædam adseruabant, huc vndique Troia gaza
Incensis erepta aditis, mensæque Deorum
Crateresque auro solidi, captiuaque vestis
Congeritur. Et de hoc Grecorū more plura sunt apud Homerum lib. 10. Iliados. De Hebræis testimonium illustre ex sacris litteris paulò ante attulimus, ergo hæc erat gentium consuetudo, vt præda inter milites diuideretur.

10 Hæc sunt, quæ de hac re scripserunt interpretes, quibus tamen ne assentiam, iuris ratio me cogit. Ea etenim subtiliter inspecta concludendum esse existimo res hostium mobiles, vel se mouētes ei acquiri, cuius auspicijs bellum geritur. Ducem tamen exercitus habere ius eas inter milites diuidendi, quam opinionem secundum iura Romanorum veram esse asserit Alc. *in l. 1. nu. 7. ff. de acq. poss.* & P. Fab. *lib. 2. Semest. c. 4.* secus esse existimātes de iure gen-

re gentium, à quibus in hac parte diſſentio, eo quia Iuſtinianus *lib. 2. Inſt.* referens modos acquirendi dominium de iure gentium, ait *in §. item ea, quæ ex hostibus. Itẽ ea quæ ex hoſtibus capimus, iure gentium ſtatim noſtra fiunt*, ex quibus verbis claré apparet ius gentium in hac re apud ſubditos Romani Imperij obſeruari: ergo ſi populi Romani legibus præda Principis ſit, non poſſumus inficiari, ex ſententia Iuſtiniani idem iure gentium conſtitutum fuiſſe.

11. Huius autem opinionis fundamenta proponam, deindè aduerſariorum machinas aggrediar. Primò loco mouet me, vt huius ſim opinionis textus *in l. penult. ff. ad leg. Iul. pecul.* cuius verba hæc ſunt. *Is qui prædã ab hoſtibus captã ſurripuit, lege peculatus tenetur*, ergo Principis eſt præda, ſi enim eſſet militum res priuatorum eſſet, & per conſequens quis eam ſubripiendo peculatus crimen non committeret, quia in rebus ſacris, & publicis tantum peculatus cõmittitur, *l. 9. §. Labeo. l. 10. l. 13. ff. ad leg. Iul. pec.* Prædæ autem nomine intelligi de rebus hoſtium mobilibus, & ſe mouentibus facile probatur ex verbis tex. (licet Cuiac. *lib. 19. obſeru. c. 7. in fine*, ibi agi de prædijs exiſtimauerit.) Primò ex verbo *præda*, quæ ſignificat corpora rerum in bello occupata, teſte Gellio *lib. 19. c. 23.* corpora inquam, quæ manu capiuntur; præda enim dicta eſt, quaſi parida, quod manu parta ſit, ſi credimus Varroni id atteſtanti.

Secundò id probatur, & melius ex verbo *ſurripuit*, quod ad res tantum mobiles pertinere certum eſt, ſignificat enim ſurtim rapere.

Poſtremò, cũ peculatus ſit furtum *l. 9. §. Labeo, ff. ad leg. Iul. peculat.* Sequitur textum hunc loqui de rebus mobilibus, & ſe mouentibus, non autem de rebus ſoli, quia in his furtum committi non poteſt, *§. quid autem. Inſt. de præſcript.*

12. Secundò ad hanc opinionem excitat me textus *in l. Diuus Commodus 31. de iur. fiſc.* dum ait, *Diuus Commodus reſcripſit obſidum bona, ſicut captiuorum eſſe in fiſcum irroganda.*

Hic æquiparantur, quoàd acquiſitionem bonorum obſides, & captiui; ergo ſi bona mobilia obſidum fiſcò acquiruntur, idem concludendum erit de bonis captiuorum mobilibus in bello captis; id autem probatur ex illis verbis *obſidum bona*, quæ vi ſua mobilia, & ſe mouentia continent, *l. rem in bonis, ff. de acquir. rer. domin.*

13 Secũdò probatur ex veriſimilitudine, quis enim credat, obſidem, qui apud hoſtes eſt, & quidem ſub cuſtodia, bona immobilia apud eos comparare? Poteſt hoc eſſe, ſed perraro id erit; quare ineptus Iuriſconſultus fuiſſet, qui Commodo Imperatori reſcribenti operam dabat, ſi in huiuſmodi reſcripto voluiſſet hunc caſum tantum perraro contingentem comprehendere, ſimpliciter reſcribendo bona obſidum in fiſcum tranſire; quis enim, & qua ratione poterit eius mentem ex his verbis aſſequi; nemo vtique, niſi qui coniectoris officio fungatur.

14. Tertiò dico, obſides bona immobilia comparare non poſſe; cum enim ex numero hoſtium ſint, cũ illis omninò commercium interdictum eſt, *l. 4. & l. vlt. C. de commerc.* ergo de rebus mobilibus textus intelligendus erit.

At dicet quis fœderatorum etiam interdum obſides erant, fateor, ſed tunc illis mortuis bona in fiſcum non tranſibant; non enim ex eo, quod obſides ſint, bona ad fiſcum eunt, ſed quia hoſtes ſunt, qui cum apud nos ſunt, bonorum ſuorum dominium amittunt, *l. 5. §. in pace, de capt. & poſtlimin. reuerſ.* Ideò ſi quis ex obſidibus ciuis Romanus factus fuerit, eius hæredibus bona relinquuntur, *l. ſed ſi accepto 32. de iur. fiſc.* meritò in obſidibus fœderatorum reſcriptum Commodi non habet locum, quia fœderati non ſunt hoſtes, & apud nos bona ſua retinent, *l. 7. ff. de capt. & poſtlimin. reuerſ.*

15 Alio etiam modo textus *in d. l. Diui*, huic ſuffragatur opinioni, dum enim vult captiuorum bona fiſco acquiri, vtique ſignificat, captiuos fiſco acquiri; ſi enim cum hoſtis capitur, militis capientis ſeruus fieret, & id quoque quod captus haberet capienti acquireretur, res enim ſerui ad dominum pertinent, cum ergo bona captiuorum non militi, qui eum cœpit, ſed fiſco applicentur, concludendum eſt ex legibus Romanorum captiuos Reipublicæ acquiri, & ita re vera apud Romanos obſeruatum fuit, vt captiui venderẽtur, & pretium Reipublicæ eſſet, quod facillimum eſſet multis exemplis oſtendere; ſufficiat tamen quædam attuliſſe, reliqua ex Liuio, & alijs Romanæ hiſtoriæ ſcriptoribus poterit quilibet expiſcari. Anno ab Vrbe cõdita 359. Veiento capto, Camillus captiuos ſub corona vendidit, & pretium ærario intulit Liuius lib. 5. Anno 409. idem factum fuit a Mar. Valerio Coruino Liuius lib. 7. Idem in captiuis Aetruſcorũ factum fuiſſe anno 459. Idem auctor eſt ad finem lib. 10. & anno 573. captiui ſub corona venditi fuerunt Liuius lib. 41. Idem factum fuit anno 580. de Abdaſitarum captiuis, teſte Liuio lib. 43. eiuſdem rei eſt teſtis locupletiſſimus Sabinus Iuriſconſultus, cuius verba refert Gell. lib. 7. cap. 4. *Sicuti* inquit *antiquitus mancipia iure belli capta coronis induta veniebant, & id circo dicebantur ſub coronis veniſſe, namque ſicut corona ſignum captiuorum venalium.* Idem teſtatur diſertè Iuriſconſultus Pomponius *in l. pupillus 239. de verbor. ſignific.* dum ait. *Seruorum appellatio ex eo fluxit, quod Imperatores noſtri vendere captiuos, & per hoc ſeruare, non occidere ſolent*, quod etiam legitur in Inſt. *de iur. perſon.* ideò ſatis mirari nõ poſſum contrarium ſcripſiſſe Cuiac. *lib. 19. c. 7.* captiui ergo militibus capientibus non acquiruntur, ſed Principi; ergo indiſtinctè non erit verum, quod aſſerunt DD. res mobiles, vel ſe mouentes Principi non acquiri.

16. Tertiò, vt in hac re dubia & incerta huius ſim opinionis, Romani Populi, cuius legibus vtimur, vſus me cogit, & diſciplinæ militaris ratio, quid enim ad leges Romanorum explicandas ſolidius afferri poteſt, quam Romanorum vſus? *Si de interpretatione legis quæratur, in primis inſpiciendum eſt, quo iure ciuitas in huiuſmodi caſibus vſa fuiſſet; optima eſt enim legum interpres conſuetudo.* Verba ſunt text. *in l. ſi de interpretatione 36. de legibus*, & quid aliud quæſo ſtatuiſſe in re hac tanti ad res in bello rectè gerendas momenti Romanos credẽdum eſt, quam id quod diſciplina militaris exigit, cuius ipſos accepimus adeò fuiſſe diligentes obſeruatores, vt eam habuerint caritate filiorum antiquiorem, teſte Paulo *in l. poſtliminium, §. filius quoque, ff. de capt. & poſtlimin. reuerſ.*

Roma-

17 Romanorum enim vſus, & diſciplinæ rigor noſtræ fauent opinioni, vt res in bello captæ non aliter militibus acquirantur, quam Ducis permiſſu, cuius rei teſtem habemus locupletiſſimum Liuium lib. 37. apud quem Emilius Prætor Dux exercitus inquit, *captas non deditas diripi vrbes, & in his tamen eſſe arbitrium Imperatoris*. Eiuſdem rei alius eſt teſtis, & quidem omni exceptione maior Dionifius lib. 7. qui ſic ait, ex translatione P. Fab. cui hunc locum acceptũ fero lib. 2. Semeſtr. c. 3. *Spolia verò hoſtium virtute noſtra parta lex iubet, vt ſint Reipublicę, neque illa ſibi vendicare poſſit ipſe Imperator, nedũ, vt priuatus aliquis ea ſibi arroget, ſed Quæſtor ea vendit, & in ærarium publicum pecuniam indè conflatam refert.* His accedit Leo Imperator in libris quos de re militari conſcripſit, dum enim præcepta poſt pugnam Imperatori exercitus obſeruanda proponit, inter alia eum admonet, vt cohortibus, legionibus, exercitui, captas vrbes interdum diripiendas concedat inſtar vænatorũ, qui vt canes ad capiẽdas feras alliciant, præcordia earum illis obijciunt, ergo non ſtatim atque vrbs vi militum capta eſt, res hoſtium poſſunt a militibus occupari, ſed ita demum, ſi id Imperator exercitus permiſerit.

18 Hinc Liuius, & alij Romanarũ rerũ ſcriptores ſępiſſimè mẽtionẽ faciunt prędæ cõceſſę militibus ab Imperatore exercitus, Liuius lib. 2. *Nec vllo ante bello latius inde acta præda, ea omnis militibus data eſt*, & lib. 5. inquit. *Et ad prædam miles permiſſu Dictatoris diſcurrit.* idem lib. 6. *Prædam militi dedit, quo minus ſperatam a minime largitore Duce, eo militi gratiorem.* & idem li. 9. *Addebat alacritatem, quod Dictator prædam omnem edixerat militibus.* & li. 25. *Præda, quæ plurima fuit congeſtis Samnitorum rebus in vrbes paucas militi conceſſa eſt.* & ait rurſus lib. 25. *Prædamque ibi ambo Conſules vendiderunt, diuiſeruntque*, & lib. 26. *Oppidum permiſſu Conſulis diripiunt.* idem lib. 70. *Duæ ſubinde vrbes captæ direptæque ea præda, & quæ caſtris incenſis ex igne rapta erat, militi conceſſa eſt.* & lib. 43. ait. *Prædam quidem, præterquàm hominum pecora, aut maximè omnis ge-*
19 *neris fuere, diuiſit ad epulandum militibus.* idem li. 9. loquens de Volumnio ait. *Præda erat largitor, benignitatẽ per ſe gratam comitate adiuuabat, militemque ijs artibus fecerat, & periculi, & laboris auidum.* & libr. 47. *Spolia iacentis hoſtium exercitus militibus conceſſit.* Alios ſimiles locos congeſſit P. Faber li. 2. Semeſt. cap. 3. quem adeas, actum enim agere non expedit. His accedit locus Ciceronis pro Lucio Murena, dum vice militum Imperatoribus petentibus Conſulatum reſpondet, *Me Saucium recreauit, me præda donauit.* Vides ex his locis prædæ largitionem dependiſſe apud Romanos ab Imperatore exercitus, qui quandoque militi eam concedebat, quandoque denegabat, vt de Lucretio docet Liuius lib. 3. *Lucretius cum ingenti præda*, ſunt eius verba, *rediit & auget gloriam adueniens expoſita omni in Campo Martio præda, vt ſuam quiſque per triduum cognitum adduceret, reliqua vendita, quibus*
20 *domini non extitere.* idem Camillus fecit, teſte eodem lib. 5. vbi ſic inquit. *Præda ad Quæſtores redacta cum magna militum ira, ſed ſeueritate Imperij victi, eandem virtutem & oderant, & mirabantur.* At dices, Liuius, & alij hiſtoriæ Romanæ ſcriptores ſæpiſſimè ſcribunt, milites vrbes deripuiſſe, raroque licentiæ Ducis mentio fit, ergo non erat neceſſaria. Reſpondeo, ſubintelligendum eſſe ex licentia Ducis id factum fuiſſe, ſic enim legimus, ſæpiſſe pugnatum fuiſſe, exercitum a caſtris diſceſſiſſe, captiuos venditos fuiſſe, omiſſa mentione licentiæ Ducis; cum enim hę res ex diſciplinæ militaris regulis ſine licentia & auctoritate Ducis fieri nequeant, ſuperfluum eſſet ſemper licentiam meminiſſe; quam prudens lector, datam fuiſſe exiſtimare debet, cũ enim hiſtoriæ ſcriptor contra conſuetudinem, & diſciplinæ regulas quid fuiſſe factum non affirmat, non debemus nos, id ita factum fuiſſe putare: ſolẽt enim
21 quæ milites contra ius faciunt, hiſtoriarum ſcriptores exponere, ſic Liuius loquens de direptione vrbis Phocenſium lib. 37. quia aduerſus Ducis iuſſum facta fuit, ait. *Poſtquam ira & auaritia Imperio potentiora erant.* & idem lib. 38. loquens de direptione inuito Duce facta, ait, *Egreſſo Conſule Heluius cum tertio agmine aduenit, nec continere ſuos a direptione Caſtrorũ valuit, prędaque iniquiſſima ſorte eorum, qui pugnæ non interfuerant facta eſt.*

His patefactum exiſtimo, Romanorum milites bona hoſtium, non aliter iure obtinuiſſe, quàm ſi Imperator exercitus id eis permiſerit. Supereſt, vt diſciplinæ militaris regulas idem exigere oſtendã.

22 Id autem D. Ambroſij verbis libro 1. de Abraham c. 3. diſertè probatur, is enim ſic ait, *Dicet aliquis, cum ipſe vicerit, quomodo dixit Abraham ad Regem Sodomorũ. Nihil ſumam abs te, cum præda vtique in poteſtate victoris fuerit? Decet militarẽ diſciplinã, vt Regi ſeruentur omnia*, quæ verba relata ſunt *in c. dicat aliquis*, 23. q. 5.

Nugatur verò ibi gloſſator, dum ait Regi quidem ſeruari omnia, ſed debere inter milites æqualiter omnia diuidere, *c. ius militare, prima diſtinct.* nugatur inquam, quia ex verbis, quæ ſubdit D. Ambroſius apertè cognoſcitur, ea liberè reſeruari Regi, ait enim. *Sanè his, qui ſecum fuiſſent in adiumentum fortaſſe ſociati, partem emolumenti tribuendam aſſerit, tanquàm mercedem laboris.* Longè enim hæc diſtant acquirere prędam ex iure gentium, vel eam habere tãquàm mercedem laboris; primò caſu ſimpliciter, & indiſtinctè debetur militibus occupantibus; ſecundò verò non debebitur, ſi aliundè merces laboris ſoluta fuerit.

23 Nec gloſſ. prodeſt tex. *in c. ius militare, prima diſtinct.* cum iura militaria enumerans ait. *Item prędę deciſio & pro perſonarum qualitatibus, & laboribus iuſta diuiſio, ac Principis portio.* Huiuſmodi enim textus mirum in modum noſtræ fauet opinioni; ibi enim enumerantur ea quæ ad Ducẽ exercitus ſpectãt; & inter hęc etiam enumerat deciſionem prædæ, ideſt determinationem, quæ in præda eſſe debeant, eiuſque diuiſionem. Si ergo Duci exercitus reſeruatur facultas decidendi, quæ hoſtium bona in præda eſſe debeant; ergo non aliter milites bona hoſtium iure obtinere poterunt, quàm ſi id a Duce fuerit determinatum.

24 Idem probatur ratione, quia pauciſſimos mortalium reperiri videmus, qui lucri ſpe non capiantur, præcipuè verò id accidit militibus, qui prædæ cupiditate mirum in modum flagrare ſolent. Si ergo ſtatuamus bona hoſtium mobilia militibus ac-

quiri, quis eos in officio poterit continere, quis eos impedire poterit, quin prædæ aſſequendæ gratia etiam cum Reipublicæ detrimento quæcũque tentare non audeant? hinc direptiones vrbium inuitis Ducibus factæ, hinc mora in perſequendis hoſtibus, hinc rei bene gerendę impedimẽta oriuntur, hinc victoriæ acquirendæ hoſtibus occaſio oritur, denique hinc exorditur militum in Ducẽ contumacia. Quis ergo erit, qui omnes res hoſtium Principi acquiri, diſciplinæ militari conueniens eſſe negabit; tunc enim milites dılcent virtute, & obedientia præmia conſequi, tunc demum intelligent pertinaciam, & contumaciam non eſſe idoneam prædæ conſequendæ rationem. Vtinam verò hoc ſatis eſſet militi in officio continendo, ſatis ſuperque res militaris ruit, ſatis ſuperque militum mores a recto tramite diſcedunt, hoc vnum ſupererat, vt nos prædandi innatæ cupiditati ſtimulos adderemus.

25 Incommoda verò, quæ ex prædandi ſtudio Reipublicæ oriri dicebam, ſæpius accidiſſe gentibus facilè mihi eſſet ex omnis temporis hiſtorijs comprobare; ſed res notior eſt, quam probatione indigeat: vnum tamen non omittam, quod de Romanorum militibus antiqua illa & ſeuera diſciplina educatis ſcribit Liuius lib. 28. in hæc verba. *Dein, cum aurum, argentumque cumulo aliarum rerum interfulgens auiditate ingenij humani rapere ex igne vellent, alij flamma ſunt, alij ambuſti afflatu vaporis.* At dicet aliquis, hęc mala accidunt, ſi prima opinio obſeruanda ſit, vt quæcumque quis occupauerit ea habeat potiora, ſecus verò erit, ſi illa iuſtè inter milites diuidantur; tunc enim nihil tale occurret; vtinam res ita ſe haberet; ſed res ipſa contra loquitur, miles enim ſciens, prædam eſſe diuidendam, ſi quid iubent Duces exercitus, quod prædæ acquirendæ occaſionem auferat, contumax ſit, dum prędæ inhiat; hinc ſeditiones oriuntur, & opportunitates rei bene gerendæ euolant.

26 In diuidendo verò prædam quot incommoda, & diſſenſiones oriantur, dicant Galli, qui dum de diuiſione prædæ contendunt ab hoſtibus oppreſſi fuere, teſte Polibio lib. 2. qui ita ſcribit interprete Perrotto. *Hinc orta inter eos pro diuiſione prædæ ſeditio vſque adeò proceſſit, vt non ſolum prædæ, verum etiam Imperij magnam partem perdiderint*, & idem rurſus illis accidiſſe idem lib. 3. teſtatur his verbis. *Hi Gallos incompoſitos, inopinatosque adorti, quippè de diuiſione prædæ ortum inter eos certamen erat ingentem terrorem, cedemque ac fugam vſque ad caſtra hoſtium fecere.*

27 Accedamus modò, cum noſtræ opinionis fundamenta explicauerimus, ad aduerſariorum machinas, & eas aggrediamur.

Pro prima opinione tres iuris noſtri loci in primis adducuntur, in quibus dicitur, res in bello captas occupantibus acquiri iure gentium.

Reſpondeo, id intelligendum eſſe, ſi iure milites eas occupauerint, eo modo, quo cum dicimus venditionem, permutationem, donationem eſſe modos dominij transferrendi intelligimus, ſi modo iure fuerint factæ. Itaque cum ſine licentia Ducis milites res hoſtium non poſſint occupare, ſequitur locos, qui dicunt res hoſtium occupantium fieri, intelligendos eſſe, ſi modo permiſſu Ducis id fecerint; quod clarè mihi videtur probare text. *in c. ius militare, prima diſtinctione.* ibi enim textus recenſet ea, quæ ad belli Duces pertinent, & inter ea numerat *deciſionem prædæ*, ideſt determinationem prædæ, ſi enim ad Ducem ſpectat declarare, quæ in præda ſint, ergo ante hanc declarationem militibus prædari non licet.

28 Hoc idem ratio euincit, ſi enim ſtatim atque milites aduerſus hoſtes ducti ſunt, poſſent ſine Ducis licentia agros hoſtium peragrare, vt eorum res occuparent, non ne maxima rerum perturbatio eſſet? non ne milites cum maximo Reipublicæ periculo quotidie hoſtium inſidijs ſe ſe exponerent? non ne omnia populando eorum animos exacerbarent; quos molliri Reipublicæ commodum maximum interdum afferret? Præterea, ſi cum vi vrbs capta eſt, militibus licitum eſſet ſine licentia Ducis eam diripere, quis non videt nullum in vrbibus vi captis clementiæ locum relinqui, qua tamen legimus Romanos Orbis dominos plures ſubegiſſe prouincias, quam armis? Hinc illi celebres Virgilij verſus lib. 6.

Tu regere imperio populos Romane memento
Hæ tibi erunt artes pacique imponere leges
Parcere ſubiectis, & debellare ſuperbos.

29 Clementia, & in captos lenitas plurimi in bellis gerendis momenti eſt, ſolet enim deſperatio, in qua incidunt ij, quibus clementiæ victoris ſpes erepta eſt, fortiſſimos hoſtes iam victos efficere, victoresque in maxima conijcere pericula.

Clementia, & lenitate vrbibus vi captis vti ſæpe expedit. Quid enim ſi cauſa belli populo reluctante, vel à Regis pertinacia, vel paucorum potentia orta fuerit? An ne vi vrbe capta populi innocentis bona diripientur? hoc autẽ quomodo cõſequi poterit, qui militibus rem hanc dijudicãdam relinquit? Sæpius etiam accidit, populum vel bello, vel alia clade mirum in modum percuſſum fuiſſe, vt ſi noua adderetur direptio, funditus deſtrueretur ciuitas, huic autem incommodo, quomodo poſſumus occurrere, ſi ex voluntate militum, direptio pendeat? quis neſcit, eos priuatum lucrum publico commodo eſſe prælaturos?

Cum ergo euidenter appareat ad bella rectè adminiſtranda, & cum minori incommodo conficiẽda, maximo eſſe impedimento facultatem prædandi ſine Ducum licentia militi dari; nemo debet exiſtimare a iure gentium id fuiſſe ſtatutum, cum a recta ratione naturali plurimum recedat. Ius gentium enim ſuadente ratione naturali, neceſſitatibusque hominum ita exigentibus cõſtitutum fuit, *vt Inſtit. de iur. natur. §. ius autem gentium, & §. ſed ius quidẽ ciuile, & l. omnes populi, ff. de iuſt. & iur.*

30 At dices, non iure gentium, vt dicunt illi textus, ſed ex Principis donatione milites res hoſtium occuparent, ſi ex licentia Ducis ius prædandi conſequuntur.

Reſpondeo, immò iure gentium res has acquiri militibus, non iure donationis: nam donatio pręſenti fit, non abſenti, *l. abſenti 10. de donat.* hæc autem licentia non ſolum præſentibus militibus conceditur, ſed etiam abſentibus, & ideò miles in rebus hoſtium a ſe occupatis habet titulum, non donationis,

nationis, sed occupationis, eo modo illi qui ex licentia omnibus concessa in vinea vuas colligit, vel ex silua ligna cędit. Idem accidit in missilibus iactis in vulgus.

Non repugnant ergo nostræ conclusioni loci ex aduerso allegati dum dicunt, occupantibus res hostium acquiri, cum intelligantur, si id Dux exercitus concesserit, sicut non repugnat me vineæ dominum esse, licet cuicumque ius vuas ex illa decerpendi concesserim; & hæc Interpretatio melior mihi videtur, quam sit ea, quam affert Alciat. *in l. 1. num. 7. ff. de acq. poss.* & Mynsinger. Instit. *de rer. diuis. §. item ea quæ ex hostibus*, quod huiusmodi loci secundum iuris gentium regulas debeant intelligi, a quibus tamen ius ciuile Romanorum recessit, quia Iustiniani verbis repugnat, dum ait. *Item ea quæ ex hostibus capimus statim iure gentium nostra fiunt*, hæc enim verba ad alios quam ad Romanos, eorumque subditos referri non possunt, & ideò ex sententia Iustiniani id quod iure gentium statutum fuit circa hanc rem a Romanis obseruatur.

Melior etiam hæc videtur interpretatio ea, quã affert Io. Bolognett. *in l. 5. nu. 39. ff. de acquir. poss.* quod scilicet capta in bello acquiratur ei, qui prior occupauerit; sed tamen hoc non esse intelligendũ de militibus, sed de eo, cuius nomine bellum geritur, is enim occupat mediante opera militum, nam violatur contextus *l. 1. ff. de acquir. possess.* dum ait. *Item bello capta eius fiunt, qui prius eorum possessionem nactus est;* hæc enim verba ad Principem referri non possunt.

31 Superest vt respondeamus tex. in *l. transfugam, de acquir. rer. domin.* cum inquit; *quæ res hostiles apud nos sunt, non publicæ, sed occupantium fiunt*, qui locus nostram sententiam impugnare videtur validius; sed re uera nihil obstat; loquitur enim de rebus hostium, quæ casu, vel dominorum imprudentia in ditionem, & locos Imperij Romani venerũt, vt patet ex illis verbis, *quæ res hostiles apud nos sunt*, illa enim verba, *apud nos locos* Romani Imperij significant, vt clarè probatur ex *l. 7. in princ. vers. cũ & si, ff. de capt. & postlimin. reuers. ex l. final. vers. & ideò, ff. de legat.* Nos enim loquimur de rebus hostium in bello captis, & de rebus existentibus in locis hostium, inter quos casus latum est discrimen, quando enim res hostium in locos Imperij perueniunt casu, vel imprudentia statim dominium earum amittunt, *l. 5. §. in pace, de capt. & postlimin. reuers.* meritò igitur quæ nullius in bonis sunt, occupanti conceduntur, atque ita declarat Alciat. *in l. 1. n. 7. vers. sanè, ff. de acquir. possess.* quod non accidit, dum res sunt extra locos Imperij, & in locis hostium, donec enim a nostris non fuerint plenè acquisitæ, dominorum permanent, *vt habetur in princip. l. d. 5.*

32 Præterea, quod res captæ in bello militibus acquirantur sine licentia Ducis, plurima parit incommoda, quæ suprà explicaui; ideò nil mirum, si id non fuerit statutum; quod verò res hostium, quæ casu, vel imprudentia ad nos peruenerunt, occupãti concedantur, nec publicæ fiant, nullum est incommodum: meritò argumentum ab hoc textu desumptum nihil nobis nocet, & hæc, ni fallor, satis sunt pro responsione ad rationes eorum, qui res mobiles in bello captas simpliciter militis fieri concedunt; quibus non suffragatur locus Procopij, quem refert Cuiac. *lib. 19. c. 7.* quia eo loci non dicitur, militum esse res hostium mobiles, sed eos cõtentos esse debere rebus mobilibus, & agrum Imperio esse reseruandum, vt enim suprà ostendi, ius determinandi, quid sit in præda Ducis est, cui tũc satis esse videbatur res mobiles militi tradere.

Ad secundam opinionem veniamus, eiusque argumenta refellamus.

33 Secunda opinio duo continet capita. Primum res in bello captas militibus acquiri. Secundum debere milites eas Ducibus exhibere, vt ipsi inter milites iustam faciant diuisionem.

Primum caput ex iam dictis explicatum est; ad secundum ergo accedamus ad obligationem nempè militum bona capta Ducibus exhibendi.

Si iure gentium, vt aiunt isti, militibus res captæ acquiruntur, ergo eas non tenentur exhibere Ducibus, alias ipsis nihil hæc constitutio suffragaretur: nam cum possit Dux alijs omnes res a me captas dare, nihil occupatio mihi prodesset, quæ fuit animaduersio Romulei *in d. l. 5. de acquir. possess. nu. 27.* qui insuper addit, hanc opinionem apertè redarguere I.C. dum inquit in *d. l. 5. de acquir. possess. Item in bello capta, & insula in mari nata, & gemma lapilli, & margaritæ in littoribus inuenta eius fiunt, qui primus eorum possessionem nactus est*, quomodo enim potest fieri vt is, qui primus occupauit factus fuerit dominus, & eam rem occupatam Duci tradere debere, ita vt non possit eam rursus consequi, nisi ex manu & largitione eius?

Redarguitur etiam Iustinianus *in §. item ea, quæ ex hostibus capimus statim nostra fiunt*. Si enim non aliter miles res occupatas poterit iure retinere, quã si in diuisione fuerint sibi datæ, quomodo sustineri potest, vt res quas occupauimus statim nostrę fiãt?

34 Non est ergo retinenda prędicta opinio, pro qua nihil facit tex. *in l. penult. §. simili etiam modo, C. de donat.* dum loquitur de donationibus a magistris militum militibus factis, quia non propterea sequitur donare possunt magistri militum strenuis & fortibus aliqua ex spolijs hostium, ergo omnibus militibus donare tenentur, id enim faciunt, cum merita exigere, & Principi expedire cognoscunt.

35 Non obstat etiã, quod ex libro 1. Regum adduxi; verum est enim scelestos, & malos homines vocari in sacro textu eos, qui Dauidi suadebant, vt præda non diuideretur; sed tamen, nihil nobis obstat, quia volebant fraudare eos, qui sarcinas custodierant, & alios qui participes prædæ esse debebant; nostra enim opinio reseruat quidem prædam Principi, sed cum onere satisfaciendi militibus, & alijs, quorum opera vtitur.

36 Vltimò non obstat, apud gentes huiusmodi diuisionem prædæ fieri consueuisse; quia respondeo, id apud aliquos populos factum fuisse, non tamen sequitur ab omnibus ferè gentibus id fuisse obseruatum, nam apud Romanos, quorum arma orbis magnam partem peragrarunt, secus obseruatum fuisse suprà comprobauimus. Idem Romanorum ęmuli Carthaginenses obseruabant. De Annibale enim legitur apud Polibium libro 3. quod cum Saguntum in Hispania oppidum locupletissimum vi

cœpisset, non modò captiuos, aurum, & argentum sibi pro vsu belli reseruasse, sed suppellectilem hostium ad Carthaginenses misisse.

Et ex his sublatæ etiam mihi videntur variæ distinctiones in hac quæstione a varijs adhibitæ, vt a Salicet. *in l. ab hostibus, nu. 7. C. de capt. & postlim. reuer.* a Bolognet. *in l. 1. nu. 39. ff. de acquir. poss.* a Hieron. Eleno *lib. 2. Diatrib. c. 1.*

Causa, conditio, modus, quemadmodum in dispositionibus hominum se habeat. *Cap. XXIII.*

1 DVm hominum dispositiones expendimus, earumque vim, & interpretationem inquirimus, considerare solemus causam, qua motus fuit auctor earum, item an aliquam conditionem, vel modum ei adiecerit, ideò operæpretium erit intelligere, quemadmodum hæc se ad hominum dispositiones habeant, quod in gratiam studiosæ iuuentutis explicabo; explicatione enim indiget.

2 Vt autem hanc rem percipiamus, illud pro constanti ponendum est, voluntatem nostram non moueri, nisi ex obiecto cognito, vt probat text. *in l. si quis ita, §. si quis ita, de test. tut.* & explicat Diuus Thomas 1.2.q.8.art.1.

3 Istud autem obiectum est id, ad quod tendimus, & propter quod operamur, cuiusque gratia omnia fiunt, vt Arist. scribit 7. *Phisic. tex. 29.* de quo Seneca epistol. 66. in hæc verba loquitur. *Quarta causa est faciendi propositum, nam nisi hoc fuisset, facta nõ esset. Quid est propositum? quod inuitauit artificem, quod ille secutus fecit. Vel pecunia est hoc, si venditurus fabricauit, vel gloria si laborauit in nomen, vel Religio, si donum templo parauit.*

4 Cum verò voluntas non moueatur ex quolibet obiecto, sed tantum ex eo, quod bonum existimat, teste Diuo Thoma supra, quò spectat vulgatum illud, *Decipimur omnes sub specie boni*. Consequens est, causam, propter quam voluntas obiectum, quo mota fuit, appetit, esse bonum, quod inest in huiusmodi obiecto verè, vel appatẽter. Satis enim est ad eliciendum actum voluntatis, obiectum videri bonum; non minus enim nos mouent ea, quæ bona sunt, quam ea, quæ sunt mala, si tamen voluntas nostra ea vt bona apprehendat, & ideò, cum ad mouendum volũtatem satis sit, obiectum, quò mota fuit, bonum ei visum fuisse eo tẽpore, quo actus elicitus fuit. Consequens est causam volendi, quæ est bonitas obiecti, ab actu elicito ita separatam esse, vt nullo modo ei insit; & hęc est ratio eius, quod

5 dicit Iustinianus *Instit. tit. de leg. §. longe magis*, falsam scilicet causam longe minus nocere legato, quam falsam demonstrationem. Cum enim causa legandi ea sit, quod testator bonum esse existimauit, legatum huiusmodi fieri non potest efficere huius causæ falsitas, quin actus fuerit verè elicitus a voluntate, & quin perfectus sit, & vt talis a nobis non cognoscatur, cum ad eliciendum actum perfectum a voluntate non minus idoneum instrumentum sit bonitas obiecti apparens, quam sit vera, & natiua eius bonitas.

6 Econtra verò falsa demonstratio, cum ita possit rem legatam obscurare, vt nullo modo intelligere possimus quid vel cui fuerit legatum, vtique inane potest reddere legatum, & efficere vt pro nõ facto habeatur. In proposito enim nostro idem est non fuisse factum legatum, vel non apparere quid fuerit legatum, vel cui factum fuerit.

7 Hinc etiam intelligimus, rectissimè scriptum fuisse a Pap. *in l. cum tale, §. falsam causam, ff. de condit. & demonstrat.* dum ait, *Falsam causam legato nõ obesse verius est, quia causa legandi non cohæret legato, sed plerumque doli exceptio locum habebit, si probetur aliàs legaturum non fuisse.*

Falsa enim causa non obest legato, idest non impedit legatum esse actum perfectè elicitũm a testatoris voluntate, quia causa legandi quæ excitauit testatorem, quod scilicet putabat bonum esse sic legare, ipsi legato non cohæret, immò longè ab eo distat; quia satis fuit ad actum prædictum eliciendum opinio, etiam si falsa, testatoris circa bonitatem ipsius obiecti, quia tamen sæpe accidit, testatorem legaturum non fuisse, si rei veritatem sciuisset, exceptio doli datur hæredi, per quam excludere poterit legatarium, si legatum petat, quia cũ deceptus fuerit testator, qui alias non fuisset legaturus, iuris ratio non patitur, vt illud consequi legatarius possit, ipso tamen iure actio competit legatario, quia legatum actus est perfectè elicitus a testatoris voluntate, & ideò necesse fuit, exceptionem hæredi dari.

Obiectum ergo est illud quod mouet, bonitas autem obiecti est causa, propter quam obiectum illud voluntas appetijt, & propter quam actus elicitus fuit.

8 Cum verò ad consequendum finem media necessaria sint, hinc est, vt homines, qui finem aliquem consequi volunt, ea disponant, quæ necessaria sunt ad illum consequendum, veluti, cum quis cupit, suos descendentes litteris incumbere, legatum facit dandũ ijs, qui litteris operam nauabunt; legatum enim medium est per quod testator, finem prædictum assequi, sperat.

9 Cum autem medium fit in gratiam finis, cum propter illum fit; hinc est vt non simpliciter id disponatur, quod eligitur a testatore vt mediũ, sed limitate, quatenus scilicet inseruit fini, ad quem dispositionis auctor aspirat.

10 Dupliciter autem auctor dispositionis versatur circa hanc rẽ. Primò constituendo, ne id fiat, quod vt medium, electum fuit, quam id factum fuerit, quod est finis disponentis. Secundò cum id quidem in esse deduci patitur, adiungit tamen onus, vt id fiat, cuius gratia sic dispositum ab eo fuit.

11 Cum primo modo disponitur, actus dicitur sub conditione factus; quia non antea vult disponens, actum perfici, quam conditio, sub qua disposuit, fuerit verificata; & hæc est causa, cur conditiones quæ ex natura actus insunt, non reddant actum cõditionalem, *l. conditiones extrinsecus, de condit. & demonstr.* huiusmodi enim conditiones non requiruntur propter aliud ab ipso actu separatum; sed ex natura ipsius actus necessariæ sunt.

12 Cum verò quis voluit dispositionem suam perfici etiam antequam finis eius adimpletus fuerit, onere tamen adiuncto ei, in cuius gratiam facta fuit, vt id faciat, cuius gratia sic dispositum fuit, sub modo dispositum fuisse dicitur, de quo est tex.

in l. 1.

in l. 1. C. de his quæ sub mod. & de eo agit Bart. *in l. quibus diebus, §. Termilius, ff. de condict. & demonstrat.* vbi etiam alij DD.

13 Modus autem & conditio, si effectum consideres, pari passu ambulant; is enim, cui aliquid sub modo datur, non potest illud retinere, nisi id adimpletum fuerit, quod voluit testator *l. 1. C. de his quæ sub mod.* Cuius rei elegans exemplum suppeditat tex. *in l. libertus, §. Lucius, de ann. legat.* quo verò ad perfectionem ipsius actus, magna inter hæc differentia est, nam conditio non sinit, actum perfici antequam euenerit; modus verò hanc perfectionem non impedit. vide tex. *in l. eas causas, ff. de condit. & demonstr.*

An natura conditionis sit actum suspendere. Cap. XXIIII.

1 Receptum est apud omnes iuris nostri interpretes, naturam conditionis esse actum suspendere; & ideò conditiones, quæ in præsens tempus, vel in præteritum conferruntur, conditiones verè, & propriè dici non posse, glos. *in l. cum ad presens, ff. si cert. pet.* vbi Odofred. *in fine*, Salicet. *in princ.* Castr. *in summ.* Alex. *in fin.* Socin. *nu. 2.* Ias. *num. 4.* Dec. *nu. 5.* Vgo Donel. *nu. 2.* Iacob. Cuiac. *in l. conditiones 100. in fine, de verb. obligat. & ad libr. diffinit. Papin. ad l. cum ad præsens, ff. si cert. pet. & alibi*, & alij, quos omitto.

2 Ego verò, aliter sentio, cuius opinionis vbi rationem explicauero receptæ opinionis fundamenta aggrediar, quæ nec leuia sunt, nec pauca, & si fieri poterit expugnabo.

Conditiones, quæ in præsens, vel in præteritum tempus collatæ fuerunt, actum non suspendere clarum est, *l. cum ad præsens, cum l. seq. si cert. pet. l. conditiones 100. de verb. oblig. l. 3. §. si patronus, de bon. libert. cum similibus.*

Itaque si probauero has esse verè conditiones, ac propriè, sicut conditiones in futurum collatæ, vtique probatum erit, naturam conditionis, non esse suspendere actum.

3 Id autem sic probatur, quod vniuocè continetur sub aliquo genere verè, & propriè eiusdem generis nomine appellatur, genus enim vniuocũ prædicatur propriè de suis speciebus, vt omnes admittunt.

Sed conditiones istæ vniuocè continentur sub genere conditionis, ergo istæ conditiones verè, & propriè conditiones appellantur.

Maior clarissima est; minor propositio euidenter probatur. Genus vniuocum est, quod dicit naturam communem pluribus, vt patet ex Arist. *lib. 2. Poster. cap. 8. contex. 22.* & est exploratum apud Dialecticos. Ergo conditio est genus vniuocum ad conditiones in præsens, & in præteritum tempus conceptas, quia dicit naturam quandam omnibus his communem, scilicet, vt verificata conditione actus valeat, non verificata, actus nullius sit momenti. vide *l. 37. si cert. pet. in l. 3. §. si patronus, ff. de bon. libert. in l. 100. ff. de verb. oblig.*

Naturam enim hanc esse omnium conditionum euidenter apparet, quod semper eam retinent, & nunquam illam dimittunt; non enim reperitur conditio, siue in præsens, siue in præteritum, siue in futurum tempus concepta, quam non oporteat verificari, si naturam eius inspicias, vt id, cui adiuncta fuit perfectum sit, & absolutum, quæ licet ijs sufficiant, qui Dialecticã degustarunt, tamen, quia plerique, & quidem perperam, ius ciuile aggrediũtur nõ degustatis Dialecticę fontibus, clarius idem probabo.

4 Ea quę vniuoca sunt, certum est verè & propriè eodẽ nomine appellari. Vniuoca enim secũdũm Arist. *in antepredicamen.* sũt illa quorũ nomen commune est, & secundum nomen eadem substantiæ ratio.

Sed hæ oẽs conditiones vniuocæ sunt, ergo eodẽ nomine conditionis verè, & propriè appellãtur.

Minor est clara, nam ex definitione vniuocorũ duo constituunt vniuocum, communio nominis, & communio substantiæ, quatenus eo nomine appellantur.

Communionem nominis nemo inficiari potest, in iure enim frequentissimè cõditiones in pręsens, & in præteritum nomine conditionis appellantur, *vt in l. 37. si cert. pet. in l. cum in secundo, de in inst. nupt. in l. 2. vers. nec immeritò, ff. de hæred. instit. l. 90. in princ. de condit. & demonstrat. & in l. 3. §. si patronus, de bon. liber. in l. conditiones 100. de verb. oblig. §. conditio, Instit. de verb. oblig.*

Communionem substantiæ quatenus eo nomine appellantur, nec etiam possumus inficiari, si cõsideremus in conditionibus in præsens & præteritum tempus conceptis, nullam aliam vim, vel facultatem reperiri, quam hanc, vt ex earum verificatione pendeat perfectio, executio, vel defectus actus, cui adijciuntur, ex hoc enim sequitur, hanc earum naturam esse, & in hoc earum essentiam cõsistere; & essentiã esse his cõditionibus, cũ conditione in futurum conceptis, communem eũ in illis nulla alia facultas, præter hanc, reperiri quis possit.

5 Et licet differant hæ conditiones in aliqnibus, qnia alia exigit verificationem tempore pręteriro, alia tempore præsenti, alia tempore futuro, nihil refert, quia vniuocum logicum non exigit vnitatem naturæ, sed solum rationis communionem, vt omnes in antepredicamentis explicant, quod in proposito verificatur; conueniunt enim in hac ratione, vt oporteat, cõditionem verificari, vt actus perfectus sit; & hæc pro nostræ opinionis probatione deduxisse sufficiat. Ad aduersariorum machinas accedamus.

6 Receptissimæ opinionis hæc sunt fundamenta. Primum *in l. itaque 39. ff. si cert. pet.* dum ait. *Itaque tunc potestatem conditionis obtinet, cum in futurum confertur.*

Respondeo, coniungendum esse hunc textum cum l. cum ad præsens 35. eod. tit. ex eodem enim libro desumptæ sunt, & ex eodem loco, vt inscriptio, & earum contextus ostendit.

Cum ad præsens (verba sunt textus in d. l. cum ad præsens) *tempus conditio confertur, stipulatio non suspenditur, & si conditio vera sit, stipulatio tenet, quamuis tenere contrahentes ignorent; velut si Rex Partorum viuit, centum dare spondes? eadem sunt, cũ in præteritum conditio confertur. Itaque* (sequuntur verba l. itaque) *potestatem conditionis obtinet, cum in futurum confertur.* ex hac cõiunctione patet, quærere Papinianum, quando stipulatio per conditio-

nem ſuſpendatur, eumque concludere, conditionem in præſens, vel in præteritum tempus conceptam non ſuſpendere ſtipulationem, & ex hoc infert, ſtipulationem ita demum ſuſpendi, cum in futurum concepta eſt; quod eſt illud, quod ſignificant illa verba, Itaque poteſtatem conditionis obtinet, cum in futurum confertur: hoc enim tantum ex verbis ſuprapoſitis, ex quibus prædicta concluſio elicitur, deduci poteſt; ideò autem dixit conditionis ſimpliciter, non addens, in futurum conceptæ, quia cum ſuprà dixiſſet, conditiones in præſens, vel in præteritum conceptas, huiuſmodi vim non habere, non poterant illa verba de alia conditione intelligi, quam de conditione in futurum concepta.

Non obſtat igitur nobis hic textus, quia non negat diſpoſitionem, quæ non confertur in futurum, non eſſe conditionalem, quia de hoc non agebat, ſed negat ſtipulationem ſuſpendi, quæ in futurum non confertur, hoc enim erat, quod ipſe quærebat.

7 Secundò affertur tex. *in l. ſi ita ſtipulatus, de verb. oblig.* cuius hæc verba ſunt.

Si ita ſtipulatus fuero, hanc ſummam centum aureorum dare ſpondes, & ſi maxime ſubaudiatur ille ſermo, ſi modò centum aureorum eſt, non facit conditionem hæc adiectio, quoniam ſi centum non ſint, ſtipulatio nulla eſt. Nec placuit inſtar conditionis habere ſermonem, qui non ad futurum, ſed ad præſens tempus refertur, & ſi contrahentes rei veritatem ignorent.

Reſpondeo, duo hic quærere Papinianum. Primum eſt, An ſtipulatio ſit conditionalis. Secũdum, An ſaltem ſit inſtar conditionalis ſtipulationis; & ad primum reſpõdet negatiuè addita ratione. *Quoniam ſi centum non ſint, ſtipulatio nulla eſt*, quia ſcilicet etiam non addita conditione, vt valida ſtipulatio ſit, neceſſè eſt ſummam eſſe centum aureorum, ergo adiectio huiuſmodi exprimens id, quod tacitè continet, conditionem non facit, *l. 3. de leg. 1. cum ſimilibus*.

8 Expedita prima dubitatione, accedit ad ſecundam, An ſaltem ille ſermo ſit inſtar conditionis, ideſt an ſaltem ad inſtar conditionis de futuro ſuſpenderet validitatem ſtipulationis quouſque pecunia numerata fuiſſet; fruſtra enim Papinianus quæſiuiſſet de alijs effectibus conditionis, cum iam dixiſſet, nullam eſſe ſtipulationem, niſi ſumma eſſet centum aureorum; idque confirmant illa verba, *& ſi contrahentes rei veritatem ignorent*. Erat enim quidam prætextus, propter quem videbatur actus ſuſpendi, donec rei veritas appareret, vide tex. *in l. reſpiciendum 38. ff. ſi cert. pet.* Quærit ergo Papinianus, an ſtipulatio ſtet in ſuſpenſo quouſque pecunia fuerit numerata, & reſpondet negatiuè hac ratione, quia in futurum ſermo non fuit collatus, quod eſt neceſſè, vt ex eo ſtipulatio ſuſpendatur.

Non prodeſt igitur communi opinioni iſte textus, quia dum negat, ſermonem, qui in præſens tempus collatus fuit, habere inſtar conditionis, intelligitur reſtrictè quò ad effectum ſuſpendendi, de quo cum loquimur, non eſt opus conditioni, cui illum tribuimus, addere particulam denotantem illam in futurum conceptam eſſe, quia exploratum eſt conditiones in præſens, & præteritum tempus conceptas non ſuſpendere, *l. cum ad præſens 37. ff. ſi cert. pet.* qua de cauſa Papinianus ſimpliciter negauit ſermonem, qui in futurum non confertur, habere inſtar conditionis, nihil addendo, quod declararet, eum non de qualibet conditione, ſed de ea, quę in futurum concepta eſt, loqui.

9 Tertiò affertur text. *in l. nominatim 34. ff. de condit. & demonſtr.* dum ait, inter demonſtrationem, & conditionem hoc intereſſe, quod demonſtratio plerumque rem factam oſtẽdit, conditio futuram.

Reſpondeo aduerbium illud, plerumque, tàm ad demonſtrationem, quàm ad conditionem eſſe referendum, vt ſit ſenſus; demonſtrationes plerumque ad res factas demonſtrandas adſcribi, conditionem autem plerumque aliquid futurum exigere, qui ſenſus, cum ſermonis rationi conueniens ſit, retinendus eſt, niſi aliquid afferatur, quod naturæ rei, vel iuris rationi illum repugnare oſtendat, quod hucuſque nemo, quem ſciam effecit.

10 Quartò allegant text. *in l. inſtitutio talis, de condit. inſtit.* dum ait. *Si quem ita inſtitutum proponamus, ille Seius, ſi codicillis hæredem ſcripſi, hæres eſto, valet inſtitutio, etiam in filio, qui in poteſtate eſt, cum nulla ſit conditio, quæ in præteritum confertur, vel quæ in præſens, veluti, ſi Rex Parthorum viuit, ſi nauis in portu ſtat.*

Reſpondeo textum agere de conditione in pręteritum concepta, non ſimpliciter, ſed quatenus pertinet ad inſtitutionem filij in poteſtate exiſtentis, & ait huiuſmodi conditionem non vitiare inſtitutionem filij in poteſtate exiſtentis, addita ratione, *quia nulla eſt huiuſmodi conditio*. Nulla, ideſt nullius momenti quò ad effectum, de quo agebatur. Nam, vt præclarè Vlpianus ait *in l. 3. §. ſi patronus ff. de bon. libert. Si in pręteritum collata ſit conditio, vel ad præſens, non videtur ſub conditione inſtitutus, aut enim impleta eſt, & purè inſtitutus eſt, aut non eſt, nec hæres inſtitutus eſt.* Non eſt autem accipiendus hic ſermo generaliter, quia conſtat conditionem in præſens, vel in præteritum collatam maximi momenti eſſe.

11 Quintò affertur *l. hæres meus 78. de condit. & demonſtrat.* Cuius verba hæc ſunt; *hæres meus, cum morietur, centum ei dato, purum legatum eſt, quia non conditione, ſed mora ſuſpenditur; non poteſt enim conditio non exiſtere.*

Reſpondeo textum quærere, an legatum huiuſmodi ſit purum, & affirmatiuè reſpondit, rationemque reddit, *quia conditio non poteſt non exiſtere*; & ideò legatum mora, non conditione ſuſpenditur; quod non ſufficit ad efficiendum, ne pura ſit diſpoſitio, nihil ergo contra nos facit, quia fateor eſſe purum legatum, ſed nego, indè inferri poſſe, ergo non eſt factum ſub conditione, quia non omnis conditio efficit, ne purum ſit legatum, ſed illa tantum, quæ pendet ex futuro euentu, *l. ſi pupillus 9. §. 1. de nouat.*

12 Vtque rem hanc planè intelligas, Aduerte, in iure noſtro, actum conditionalem contradiſtingui ab actu puro, ergo non eſt idem dicere, actus non eſt conditionalis, & actus non fuit factus ſub conditione; nam verificata conditione actus purus eſt, & ideò non eſt conditionalis, & tamen dici non poteſt, eum non fuiſſe factum ſub cõditione. Cum ergo de actu conditionali ſit mentio, qui ponitur

contra-

contradistincte ab actu puro, non potest intelligi de actu facto sub conditione de praesenti, vel de praeterito, sed solum de futuro; illae enim non efficiunt, quin actus vel statim valeat, vel statim pereat, *l. cũ ad praesens, ff. si cert. pet.* & ideò nil mirum si negant iuris nostri auctores actum esse conditionalem, qui in futurum non confertur, cum quaeritur, an actus sub conditione factus contradistinguatur a puro.

13 Sextò mouentur auctoritate textus *in §. sub conditione, Instit. de verb. oblig.* dum ait. *Sub conditione stipulatio fit, cum in aliquem casum differtur obligatio, vt si aliquid factum fuerit, vel non fuerit committatur stipulatio; veluti si Titius Consul fuerit, quinque aureos dare spondes?*

Respõdeo Iustinianum *in §. omnis stipulatio eod.* hanc posuisse stipulationum diuisionem. *Omnis stipulatio aut purè, aut in diem, aut sub conditione fit.* Cumque explicauisset, quae stipulatio in diem, quae purè facta dicatur, subdit, quae sub conditione fit; itaque agit de stipulatione conditionali, quatenus pertinet ad declarationem distinctionis propositę, & ideò agit de stipulatione, cui adiecta est conditio faciens eam differre a stipulatione pura, & in diem concepta, & per consequens de vna tantum specie conditionis ibi agendum erat, quia haec vna facit actum differre ab actu purè, vel in diem facto, vt paulò ante exposui.

Qua ratione etiam *in §. emptio, Instit. de empt. & vendit.* declarans quae nam esset emptio, & venditio conditionalis, ponit exemplum conditionis in futurum conceptae; dixerat enim emptionem vel purè, vel sub conditione fieri.

14 Septimò vtuntur auctoritate tex. *in l. conditionibus 19. §. 1. de condit. & demonstrat.* dum ait. *Legatum hoc quidquid mihi Ephesi dari oportet do lego non esse conditionale,* quia in tempus pręsens conceptum est, vt ibi explicat gloss.

Respondeo, hanc rationem non esse, cur non sit conditionale, sed aliam scilicet, quia magis demõstrandi, quam conditionem faciendi ita scripsit testator, vt clarè ex verbis textus colligitur in vers. magis enim coniungendo, cum vers. proinde.

De conditionis diffinitione. Cap. XXV.

1 VArias conditionis diffinitiones proponunt gloss. Bald. Cuman. Socin. & alij interpretes *in rubr. ff. de condit. & demonstrat.* Bart. *in l. 1. num. 1. eod. tit.* Cuiac. *ad tit. C. de condit. insert. tum in Paratitlis, tum in Commentarijs, & latius ad l. Titio centum, in princ. ff. de condit. & demon.* in qq. Papiniani, & alij quos praetereo.

Ego omnibus omissis, aliam propono, ex cuius declaratione liquidò apparebit, eas quae hucusque allatae fuerunt defectiuas esse.

Conditio est hominis priuati lex, ex qua, prout ei videtur, actuum, qui fiunt, vel in posterum fient perfectio, executio vel defectus pendet.

2 Genus conditionis posui legem; hoc enim verbo significatur norma, & regula in commercijs a priuatis posita, quam omninò oportet obseruare, vt patet ex *§. conductor, Instit. de locat. & cond. in l. 1. ff. de superficie. in l. is qui 29. ff. de seruit. rust. praed. in l. 6. ff. com. praed.* & saepissime *in tit. ff. de cõtrah. empt. vt in l. 6. §. 1. vers. in emptis, in l. hanc legem 55. in l. cum in lege 33. in l. qui fundum 40. in princ. & in §. 1. & in l. si cum fundum 68.*

3 Caetera verba differentias exponunt, quae inter conditiones, & alias regulas, & normas sunt.

Verba illa, *priuati hominis,* excludunt leges omnes ex publica auctoritate manantes, quia non efficiunt actum conditionalem.

Illa verba, *prout ei videtur,* ostendunt naturam conditionis esse, vt ex ea possit pendere perfectio, executio, & defectus illius actus, cui fuerit adiuncta, vt facilè inuenies considerando singulas conditiones, & ideò his verbis excluduntur quaedam pacta, quae ponuntur interdũ in contractibus coarctantia facultatem, quę aliàs competeret ei, qui huiusmodi pacto ligatur, veluti quod is, cui concessus est aquaeductus non possit ducere aquam noctũ, quod ille, qui emit seruum non possit illum vendere alteri; ex his enim, cum supponant actum iam perfectum, non potest perfectio actus pendere.

4 *Actuum, qui ab eo fiunt, vel fient in posterum.* Hęc verba indicant non solum actibus pręsentibus conditiones adijci posse, sed etiam futuris, veluti si cõueniatur inter Caium, & Sempronium, vt quicumque contractus inter eos fuerit factus, habeat annexam conditionem, si nauis ex Asia venerit.

5 Ideò autem dixi, *actuum,* non (dispositionum) quia etiã cõsilio potest adijci cõdicio, veluti si Rex Romę est, hoc mihi videtur faciẽdũ esse; vel si Rex Romae erit, hoc non erit faciendum, consilium autem, non rectè dispositionem appellabit quis.

Perfectio, executio, vel defectus pendet, indicant haec verba id, quod proprium conditionis est, vt ex ea pendere possit actus imperfecti perfectio, vel eius, qui perfectus est executio, vel resolutio; veluti, si Rex viuit, promittix centum; si vxorem ducet Caiam, iubeo legatum solui post decem annos; si melior conditio oblata erit, res sit inempta. vide *l. a. ff. de in diem adiect.*

Ad l. mulcta *6. §. 1.* ff. de condit. & demonstrat. *Cap. XXVI.*

1 EGet explicatione, vt mihi videtur, tex. *in l. mulcta 6. §. 1. ff. de condit. & demonst.* ideò nonnulla proponam, quae mihi in mentem venerunt, circa huiusmodi legis interpretationem.

Agitur in hoc textu de huiusmodi facti specie *Si seruos certos quis manumisisset, puta Sticum, Pamphilum, Erotem, haeres esse iussus est, quibusdam ante mortuis, poterit ne haeres manumittendo superstites haereditatem adire?*

2 In hac dubitatione I. C. tres affert veterum opiniones.

Prima erat Neratij existimantis haeredem conditione defici, ideoque adire non posse.

Secunda est Seruij, & Labeonis, immò eum hęreditatem adire posse, cum non fuerit conditione defectus.

Tertia est Cassij, & Sabini conditionem, quasi impossibilem pro non scripta haberi.

3 Neratius conditione defici haeredem putabat, idest propter defectum conditionis eum ab haereditate repellendum esse, hoc enim sensu haeres, &

lega-

legatarius defici dicuntur conditione, *l. in testamento 31. in l. mulieri, & Titio 73. de condit. & demonst. in l. licet, vt legator. nomin. caueat. in l. quæ sub conditione, ante §. 1. & in §. 1. de condit. instit.*

4 Fundamentum huius opinionis erat, quia testator iusserat manumitti tres seruos, hæres autem duos manumiserat.

Seruius contra, & Labeo asserebant, immò hæredem non defici conditione; hoc autem eos sensisse colligitur ex eo quod scripserint hæredem vocatum sub conditione si mater, & filia viuerent, non defici conditione, etiamsi filia tempore testamenti decessisset, hic enim planè idem casus est cum eo de quo nos agimus, in vtroque enim ponitur in conditione vita eius, qui tempore testamenti iam è vita decesserat. Hæc autem opinio ea ratione iuuatur, quàm ponit Vlpian. *in l. quæ sub conditione, §. quoties, de condit. instit.* voluntatem testatoris seruari debere, quando id fieri potest; nō videtur ergo conditione defectus, qui prædictam conditionem non adimplet, cum adimpleri non possit.

5 Hinc colligitur tēpore Neratij adhuc non fuisse exploratum, an conditio suaptè natura possibilis, si propter aliquod accidens impossibilis fiat, impossibiliū conditionum numero adscribenda esset, Neratius enim, Seruius, & Labeo de hac conditione agunt, vt de conditione, quæ non reiciatur ex testamento, prout receptum fuerat in conditionibus impossibilibus, etiam tempore horum Iurisconsultorum, vide tex. *in l. si Meuia 45. de hæred. instit.*

6 Neratius quidem clarè id ostendit, dum propter eius defectum reicit hæredem, quod vtique non asseruisset, si clarum fuisset, has conditiones impossibilium numero habendas esse, iam enim obtinuerat, vt dixi, conditiones impossibiles in testamento scriptas nullam vim habere.

Seruium quoque, & Labeonem idem sensisse, indicat Pomponius, dum, vt diuersas ponit opiniones Seruij, & Sabini, ait enim, *Sed Seruius respondit, cum ita esset scriptum, si filia, & mater mea viuerent, altera iam mortua non defici conditione*, referens verò opinionem Sabini, inquit, *Sabinus quoque & Cassius, quasi impossibiles eas conditiones in testamento positas pro non scriptis esse.* Pomponius enim indicat his verbis Seruium, & Sabinū idem in effectu concludere, sed diuersis rationibus. Seruius, quia non videtur hæres conditione deficere. Sabinus, quia pro non scripta habeatur conditio apposita.

7 Nota autem aliam Seruij opinionem referri, quæ huic consimilis videtur *in l. si Meuia 45. de hæred. instit.* quæ tamen reipsa valdè differt; ibi enim agitur de filia posita in conditione, quæ nunquam fuit in rerum natura; hic verò de ea quæ fuit, sed tempore testamenti desijt esse.

8 Tertia est opinio Sabini, & Cassij existimantium huiusmodi conditiones, quasi impossibiles, in testamento positas, pro non scriptis haberi, & hanc sententiam probat Pomponius.

Circa quam videndum est, an Sabinus, & Cassius existimauerit huiusmodi conditiones verè impossibiles esse, an verò ad instar impossibilium pro non scriptis eas haberi dixerint, vt accidit in casu l. si quis ita 6. de condit. instit.

9 Primam opinionē suadet id quod legitur apud Papinianum *in l. cum tale 71. §. falsam conditionem, de condit. & demonst.* Sabinum scilicet, & Cassium existimasse conditiones falsas impossibiles esse, nā & hæc conditio falsa est, quia testator eos viuere putabat, qui iam decesserant.

Suadetur idem ex eo, quod Iulianus *in l. ab omnibus, §. 1. de leg. 1.* conditionem reddendarū tabularum impossibilem vocat, cum tabulę non extent, & tamen loquitur, cum conscriptæ fuerunt tabulæ, quæ tamen perierunt, vt ex eo contextu patet subtiliter consideranti, & sic loquitur de conditione suaptè natura possibili, quæ tamen ex accidenti reddita est impossibilis.

10 Cōtrariam partem adiuuat illa dictio *quasi*, qua iuris auctores, & alij scriptores idonei, cum quid non est verè, & propriè tale vti solent; & licet interdum secus fit, adijcitur enim ei quādoque quod propriè tale est, tamen sic factum fuisse omni caret probabilitate. Dum enim dubitatur, an istæ conditiones propriè impossibiles sint, quis credat Sabinum, & Cassiū dixisse eas quasi impossibiles pro nō scriptis haberi, si existimassent verè impossibiles fuisse? Nemo vtique qui sciat Iurisconsultos elegātissimè, & appositissimè locutos fuisse, nec obstant adducta ex aduerso.

11 Ad primum enim respondeo falsam conditionē verè impossibilem esse cum falsa sit suaptè natura, non ex accedenti *l. cum tale, §. falsam conditionem, ff. de condit. & demonst.* & ita loquitur Papin. loco allegato, vt docet exemplum quod adfert.

12 Ad secundum verò dico Iulianum appellasse impossibiles simpliciter has conditiones, sed nō sequitur, ergo idem Cassius, & Iulianus idem putauerunt. Ergo dices cōtrariæ Iurisconsultorū opiniones in Pandectis relatæ fuerunt? Fateor & doleo, & quis secus existimabit, qui antiquorū discordias Pandectarum molem Auctorum, ex quibus desumptæ fuerunt, numerum & rerum ab eisdem principijs descendentium quantitatem, ac varietatem secum ipse vel breui tempore perpendat? Cuius responsionis scio me ab his reprehensum iri, qui Iurisconsultorum verba torquent, & distorquent, vt eos insimul concilient, sed nihil moueor, nunquā enim me adduci patiar, vt absurdè, vel non appositè locutos fuisse eos existimem, quos candidissimè, & elegantissimè scripsisse eruditi fatentur, & res ipsa loquitur.

13 Has igitur conditiones Sabinus, & Cassius pro non scriptis habendas esse existimant, non quod verè impossibiles sint, sed quia adimpleri non poterant, nam veris ratio postulat, vt ad instar impossibilium conditionum censeantur, sicut enim præsumitur testatorem noluisse cogi hæredem ad impossibilem conditionem obseruandam, ita non videtur verosimile, vt testator voluerit excludere ab hæreditate hæredem ex eo, quod seruos, qui iā mortui erant non manumisisset; hac enim ratione seruos superstites è libertatis spe eiecisset, quam tn̄ enixè illis acquirere studebat, vt ex institutione prędicta patet, idque sine eorū culpa, & sine emolumento seruorū defunctorum, quorum gratia id fecisset; cumque æqualiter dilexisse seruos, eadem conditione omnibus adiecta, ostendat, cur credi-

mus

mus voluisse, cum propter mortem aliquorum, cęteros libertate priuare?

14 Et hæc ratio Neratij, & Seruij opiniones destruit; Neratij enim opinio cōuincitur ex eo, quod testator non ea mente scripserit conditionem, vt omninò adimpleretur, sed eo tantum casu, quo ser ui manumittendi superessent.

Seruij autem sententia redarguitur, quia supponit conditionem prædictā pro non scripta habendam esse, sed pro adimpleta: non potest enim dici pro adimpleta conditionem habendam esse, cum nō fuerit factum quod volebat fieri testator, ex hoc enim implementum conditionis pendet, & hæc est ratio, cur *in l. 10. in fine, ff. de condit. & demonstr.* conditio pro adimpleta habeatur.

Repeti an possit id, quod datum fuit ab eo, qui se non teneri sciebat, si causa, propter quam dedit falsa reperiatur ad l. damus 52. l. in summa 65. de cond. indeb. *Cap. XXVI.*

1 SI quis ob causam præteritam aliquid dederit sciens, se non teneri, si causa falsa sit, an repetere possit dubitatur; veluti, cum Titius credens Caiū negocia sua expediuisse, centū ei dono dat, ea de causa, quòd negocia sua expediuit, si hoc falsū sit, an id, quod dedit, repetere possit.

Accurs. multis in locis de hac re agit, & semper hanc affert distinctionem, aut causa fuit finalis, ita vt alias donaturus nō fuisset, aut fuit impulsiua, qua etiam sine ea donauisset. Primò casu, si falsa causa fit, repetitioni locus erit. Secūdò non item, ita Accur. *in l. damus 52. in l. in summa 65. lit. A. de condict. indeb. in l. 2. §. final. ff. de donat. & in l. seq. in l. si repetendi 7. C. de condict. ob causam*, vbi eādem distinctionem probarūt Odofred. *prope finem*, Bald. *num. 2.* Salicet. *num. 2. & 3.* Bart. *in l. si cum te, nu. 3. iuncto vers. in proposito ff. de pactis*, & ibi Cast. *nu. 3. vers. in gloss. ibi iunctis finalibus verbis.*

2 Ego verò indistinctè existimo, repetitionem cessare, siue causa finalis fuerit, siue non, motus auctoritate Pomponij, Pauli, & Vlpiani.

Pomponius relatus *in l. damus 52. de condict. indebit.* sic ait. *Damus ob causam, aut ob rem, ob causam præteritam, veluti quòd ideò do, quòd aliquid a te consecutus sim, vel quia aliquid a te factum est, vt etiam si causa falsa sit repetitio eius pecuniæ non sit.*

Paulus. *Id quoque, quod ob causam datur, puta, quòd negocia mea ab eo adiuta putaui, licet non sit factum, quia donare volui, quamuis mihi falsò persuaserim, repeti non posse.* Sic Paulus *in l. in summa 65. de condict. indeb.*

Vlpianus autem sic ait. *Et generaliter hoc in his donationibus diffiniendum est, multum interesse causa donandi fuerit, an conditio, si causa fuit, cessare repetitionem:* vide tex. *in l. 3. ff. de donat.*

Vides tres Iureconsultos de eadem re tractantes generaliter difiniuisse, datum ob causam de præterito repeti non posse, etiam si falsa causa sit, nec distinxisse, an causa finalis sit, an impulsiua, & an is, qui dedit, daturus fuisset, an non, si rei veritatem non ignorauisset.

Ergo nec nos huiusmodi distinctionē adhibere debemus, quis enim credat, si generaliter non esset verum, datum ob causam pręteritam repeti nō posse, si falsa causa sit, quia distinguere oporteat, an causa sit finalis, an impulsiua, tres maximos Iureconsultos in eo conuenisse, vt generalem regulam eius rei proponerent, quàm sine distinctione rectè diffiniri non posse crederent? Equidem, vt mihi videtur, omni probabilitate caret, nam solent docti, vbi distinctione opus est, distinguere, diligenter cauendo, ne id generaliter affirment, quod generaliter verum non est.

Non ignoro, multa in iure esse pronuntiata generalia, quæ tamen ad certos limites coarctantur ab interpretibus, sed id fit, cum lex aliqua, vel ratio ad id nos compellit, & cum id sine nota Iureconsulti, qui loquutus fuit generaliter, fieri potest, alias secus; nil mirum ergo, si in præsenti casu, id fieri non posse contendam, nos enim nec vrget ratio, nec lex aliqua, nec sine nota Pomponij, Pauli, & Vlpiani id fieri potest, si enim hoc fiat nos dicere necesse est, non rectè eos regulam constituisse generalem circa decisionē rei, quę generaliter non posset explicari; constituisse, inquam, nō speciem aliquam particularem tractando, non aliā rem agendo; quo in casu subiecta materia, & termini, in quibus loquimur, generalitatem facilè restringunt, & excusant, sed ipsam illam materiam particulariter explicando, quod cum agimus, nisi distinguamus, vbi distinguendum est, culpam vtique non euadimus.

3 Accedit, Pomponium, cum proponit exempla huius rei, causas huiusmodi proposuisse, quæ suaptè natura sunt finales, ergo non rectè Accurs. asserit, eum loqui, cum causæ huiusmodi impulsiuæ sunt: cum enim suaptè natura hæ causæ sint finales, ex circunstantijs factorum particularium pendet, an fuerint impulsiuæ. Non possumus ergo asserere eas vti īpulsiuas fuisse cōsideratas, ibi enim nō tractat quæstionem aliquam particularem, circunstantias aliquas habentē, sed generaliter quærit, an & qn̄ falsa causa præterita repetitioni faciat locū.

4 Paulus etiam reddens rationem, cur datum ob causam præteritam repeti non possit, si falsa sit; ait. *Quia donare volui, quamuis falsum mihi persuaserim*, idest etiam si errore lapsus fuerit is, qui dedit circa causam, propter quā dedit; tamen verum est, eum donare voluisse, errans enim in causa propter quam actum facit, non dicitur propterea in ipso actu errare, cum causa volendi non cohæreat ei, quod volumus, nec veritas huiusmodi causæ necessaria sit, vt actum perfectum, & absolutum faciat, vt explicaui suprà cap. 27. num. 4. & 5.

Ergo non est distinguēdum, an causa finalis sit, an impulsiua, quia nec error in causa finali impedit perfectionem actus, vt eo loci probaui.

Ex hoc enim sequitur, etiam in causa finali habere locum rationem Pauli, perfectamque esse donationem huiusmodi errore non obstante, ergo repetitioni locus esse non potest, *l. si repetendi 7. C. de condict. ob caus*, vbi Dioclet. & Maximin. carpūt leuitatem eius, qui cum ob causam donauisset, repetere volebat, quia causa non erat secuta, hunc, inquam, carpūt, quia, ēt si causa secuta non fuisset, tamen perfecta donatio erat, ergo defectus causæ donationis perfectionem non impedit.

Nec

5 Nec vrgeas, eum, qui dedit, errauiſſe, quia falſa dantis opinioni in cauſa, propter quam dedit, nõ facit eſſe locum repetitioni, vbi aliàs non eſſet, *l. 3. §. ſi quis, in fine, ff. de condit. cauſ. dat.*

6 Atque ita ante me docuerunt Bart. *in d. l. damus, num. 2. in fine, & num. 3.* vbi Salicet. *num. 1. verſ. ſed oportet,* Caſtr. *num. 3. de condict. indeb.* Io. Fab. & Iac. de Rauen. *in d. l. ſi repetendi, C. de condict. ob cauſ.* Iſti enim aſſerunt, errorem in cauſa finali donationis non facere locum repetitioni, niſi tacitè, vel expreſsè inter partes fuerit conuentum.

7 Non obſtat fundamentum partis aduerſę, quod conſiſtit *in l. cum tale 71. §. falſam cauſam legato, ff. de condit. & demonſtrat.* cuius verba hæc ſunt. *Falſam cauſam legato non obeſſe verius eſt, quia ratio legati legato non cohæret, ſed plerumque doli exceptio locũ habebit, ſi probetur aliàs legaturum nõ fuiſſe.*

Nam reſp. Bart. *in l. damus, nu. 2. ff. de condict. indeb.* ibi non agi de repetitione, ſed de exceptione, inter quos caſus longum diſcrimen eſt, nam is, qui excipiendo rem tenere poterat poſtquàm eam tradidit, eam repetere non poteſt, & ideò facilius retentio, quam repetitio conceditur, *l. in diem 10. & l. nam & 17. cum l. ſeq. ff. de condict. indeb.*

Ad l. 1. C. de falſ. cauſ. legat. vel fideicommiſſo adiecta. Cap. XXVII.

1 VErba *l. 1. C. de falſ. cauſ.* &c. ſunt hæc. *Verba teſtamẽti, quæ inſeruiſti, aut ſolutam pecuniã teſtatori declarant, aut volũtatem eius liberare volentis debitorem manifeſtè oſtendunt, & ideò aut peti, quod ſolutum eſt, non poteſt, aut ex cauſa fideicommiſſi, vt debitor liberetur, agendum eſt: niſi liquido probari poſſit, eum non liberari debitorem voluiſſe, ſed errore lapſum ſolutam ſibi pecuniam exiſtimaſſe.*

Dubitatur cur, cum traditum ſit falſam cauſam ita demum vitiare legatum, ſi probatum fuerit, teſtatorem non fuiſſe legaturum, ſi rei veritatem cognouiſſet, *l. cum tale, §. falſam cauſam, ff. de cond. & demonſtr. §. longe magis, Inſt. de legat.* in tex. ſatis ſit probare cauſa falſa motum fuiſſe teſtatorẽ.

Butrigar. ibi dicebat, ideò hoc eſſe, quia conditionaliter cauſa poſita fuerat a teſtatore, indiſtinctè enim tũc verũ eſt, falſam cauſam vitiare, etiam ſi non fuerit probatum teſtatorem non fuiſſe legaturum, *d. l. longe magis, prope finem.*

Non rectè, quia non exponit textus, quomodo verba teſtatoris ſe haberent, nec vllum indicium eſt, conditionaliter fuiſſe cauſam huiuſmodi poſitam a defuncto.

2 Secundo loco Bart. *in l. demonſtratio, §. 1. num. 13. verſ. alibi lex, de cond. & demonſtr.* dicebat ideò hoc contingere, quia expreſſa fuerat cauſa cohærens legato, ideſt finalis, & proxima, idẽ repetit *in d. l. 1. num. 4.* & ſequuntur ibi Salicet. *nu. 3.* Caſtr. *num. 2. verſ. reſpondeo.* idem Caſtr. *in d. l. demonſtratio, num. 9.* idem Bart. *in l. ſi cum te, num. 3. verſ. ſed vbi eſt, ff. de pact.* Aretin. *in §. longe magis, nu. 1. in fine, Inſt. de legat.*

Non rectè, quia falſum eſt, cauſam proximam, & finalem cohærere legato, vt ſuprà oſtendi c. 27.

Secundò contra Bart. vrget tex. *in l. demonſtratio, §. 1. de cond. & demonſtr.* ibi enim I.C. poſtquã dixit falſam cauſam non vitiare legatum, proponit exemplum in eo, qui dixit, *Titio fundum do, quia negocia mea curauit.* idem exemplum eſt *in §. longe magis, Inſt. de legat.* vbi aliud etiam proponitur de eo, qui dixit, *quia patrocinio eius capitali crimine liberatus ſum, lego fundum.* Cauſæ enim hæ vtique ſuaptè natura eiuſmodi ſunt, vt proximæ, finaleſque cenſeri debeant.

3 Tertio loco Cuman. *in d. l. demonſtratio, prope finem*, de hac re agens ſic ſcripſit. *Ibi non valet ipſo iure, quia teſtator non voluit legare, ſi enim cauſa eſſet vera, non eſſet legatum, ſed potius voluit declarare, & confiteri.*

Non rectè, in primis enim falſum eſt falſam cauſam vllo caſu efficere, vt actus ipſo iure nullus ſit, vt declaraui d. c. 27.

Secundò falſum eſt, teſtatorem voluiſſe ibi declarare, & confiteri, non legare, quia vtrumque colligi poterat ex legato huiuſmodi, vt patet ex verbis tex. in principio, & ideò non poteſt quis dicere magis vnum, quam alterum teſtatorem facere voluiſſe, cum ſub dubio id relinquatur in textu.

4 Ego exiſtimo rationem huius rei eſſe, quia ſpecies huiuſmodi ſic ſe habebat, vt probato errore, ſtatim conſtaret, teſtatorem legaturum non fuiſſe, ſi non errauiſſet.

Legatum erat huiuſmodi, *Mille, quæ mihi promiſit Titius, peti nolo, quia ſoluit.* Hoc legato teſtator, aut voluit liberare debitorẽ, aut declarare, eũ ſoluiſſe, non liberalitatem exercendo, ſed quia eum ſoluiſſe putabat. Nil mirum ergo, ſi probetur eum errauiſſe, quia pecunia nõ fuit ſoluta, legatum corruere, quia ex hoc apparet, teſtatorem nec legare voluiſſe liberationem, nec teſtimonium præbere de ſolutione, ne debitum exigeretur, ſed ſolum rei geſtæ teſtimonium præbere voluiſſe. Non voluit legare liberationem, quia eum putabat ſoluiſſe; voluit ita atteſtari de ſolutione, vt debitum condonaret, quia cum putauerit eum ſoluiſſe, liquidò conſtat eum voluiſſe veritati teſtimonium prębere, nõ liberalitatem exercere.

Et hoc indicant illa verba textus, *niſi liquidò probari poſſit, eum non liberare debitorem voluiſſe, ſed errore lapſum ſolutam ſibi pecuniam exiſtimaſſe*: his enim verbis apparet Imp. exigere probationem, quod aliàs teſtator legaturus non erat, & docere rationem hoc probandi, oſtendendo, errore lapſum fuiſſe teſtatorem.

Anguſtia temporis a contrahentibus appoſiti an vitiet contractum ad §. loca, Inſt. de inutilib. ſtipulat. ad l. ſi inſulam, ff. locati. *Cap. XXVIII.*

1 DIſtingunt DD. contractus bonæ fidei a contractibus ſtricti iuris hos vitiari dicunt ex anguſtia temporis, illos verò nequaquàm, Bart. *in l. ſi mihi, & tibi, §. 1. num. 2. de leg. 1.* vbi Alex. *nu. 2. & 4.* Iaſ. *a nu. 15.* teſtantur de communi, & alios recenſent.

2 Fundamentũ conſtituunt in l. ſi inſulã, ff. locati. Contrarium tenent Imol. *in l. continuus, §. illud, ff. de verb. obligat.* Aretin. *in dicta l. ſi mihi, & tibi, §. 1. in principio, de legat. 1.*

Iſti

Isti indistinctè concludunt, angustiam temporis vitiare contractus, siue bonæ fidei sint, siue stricti iuris, & his ego assentior.

Probatur hæc conclusio ex *§. loca, Instit. de verb. obligat.* dum ait. *Et ideò si quis Romæ ita stipuletur, hodie Cartagini dare spondes? inutilis erit stipulatio, cum impossibilis sit repromissio.* Ratio enim illa, quia impossibilis est repromissio pertinet ad contractus bonæ fidei, cum etiam in illis impossibilis repromissio non admittatur, *l. non solum, ff. de act. & oblig. l. impossibilium, de reg. iur.*

3 Non obstat argumentum partis aduersę, ad tex. enim *in dicta l. si insulam.* Respondet Imola ibi partes existimauisse intra tempus adiectū insulam potuisse ædificari, quod clarè probant illa verba, *quia id actum apparet, vt eo spatio absolueretur, sine quo fieri non possit,* & ideo licet quò ad corticem verborum tempus angustum adiectum fuisset, reipsa tamen secus erat, cum partes non intellexissent insulam eo tempore, quod præfixum fuerat, omninò ædificari debere, sed sub hac conditione si modò id fieri posset.

4 Nec huic intellectui obstant ea, quæ ex aduerso opponit Aretinus *in d. §. illud*, quod enim primo loco deducit *ex l. seruo manumisso, ff. de cond. indeb.* non consistit. Sic enim arguit Aretin. conditio impossibilis multò magis viriat contractus, quam vltimas voluntates, *l. non solam, de act. & obligat. l. 1. ff. de condict. instit.* Sed in vltimis voluntatibus conditio impossibilis ignoranter apposita vitiat *d. l. seruo manumisso*, ergo huiusmodi conditio multò magis debet vitiare contractum.

Respondeo magnam esse in proposito differentiam inter contractus, & vltimas volūtates. Nam, cum testator ignoranter apponit conditionem impossibilem, cessat ratio, propter quam obtinuit cōditiones impossibiles pro non appositis habendas esse, quòd scilicet verisimile sit, testatorem noluisse conditionem illam obseruari, de qua infrà lib. 3. cap. 49. num. 3. & 4. cum verò contrahentes ignoranter tempus nimis angustum adijciunt, cessat ratio propter quam huiusmodi angustia temporis vitiat contractum, *quia scilicet repromissio impossibilis est.* Nil mirum ergo, si in vltima voluntate conditio impossibilis ignoranter apposita vitiet, prædicta autem angustia ignoranter a contrahentibus apposita contractui non noceat. Nota interim, tex. *in dicta l. seruum manumisso*, aliter intelligendum esse, ac intellexit hic Aret. vt benè explicat Cuiac. *lib. 9. respons. Papin.*

Hypotheca tacita, quæ competit fisco in bonis administratorum eius, quando incipiat. Cap. XXIX.

Receptum est, fisco competere hypothecam tacitam in bonis eorum, qui administrant res
1 fiscales: nonnulla tamen dubitatio est, an incipiat statim, ac cœperunt administrare, quod placuit multis ita, vt Salicet. *in l. & quis potest, C. de bon. præscript. num. 6.* testetur hanc sententiam communem esse, quam Rota Florētina etiam approbauit, si credimus Alex. Turamino, qui eiusdem opinionis est *in comētario ad l. non puto, ff. de iure fisci, par. 1. cap. 3. num. 4. & 5.*

2 Mouentur ex *l. cum oportet, §. final. C. de bon. quæ lib.* vbi Iustin. loquens de tacitis hypothecis, quas ipse, & alij retrò Principes concesserant, inquit. *Compendiosa narratione interpretamur initium gerendæ, vel deferendæ administrationis esse spectandū, & non temporis, ex quo malè aliquid gestum fuerit.* His enim verbis etiam hanc, de qua agimus, hypothecam, contineri non videtur dubitandum, cum valde generalia sint.

3 Contrariam opinionem tenuerunt Azo, & Iacob. de Aren. quos sequitur Ioan. Fab. *ad tit. C. de bon. quæ lib. num. 7. in fine*, quæ vt mihi videtur, verissima est, per *l. si quis posthac, §. sed in ijs, C. de bon. præscript.* vbi tex. loquens de ijs, *qui fiscalibus actibus nexi sunt, & pro ratiocinijs proscribuntur, & condemnantur*, clarè decidit, non licere fisco auferre ea, quæ isti donauerunt vxori, vel liberis emancipatis, *ante initium actus, ex quo origo fraudis, ac vitij in iudicium deducta est, & antequàm crimen oriatur, nec quicquàm fisco in qualibet causa teneatur obnoxium, nisi quod in dominio proprio, cum obligari cœpit, habuerit.* Hinc enim euidens est, non initium administrationis attendi, sed initium actus, ex quo fiscus læsus fuit. Non potest enim rectè dici initium actus, quo fraus facta est, esse administrationis initium, cum animum fraudandi tunc non haberet, nec id agere intenderet, quod deinde fecit; & crimen non rectè dicitur oriri initio administrationis, cum tunc rectam mentem habeat, nec antea administrator obligatus dicitur fisco, quam in administratione deliquerit, & licet, cū suscipit curam rerum fiscalium obligetur, ad reddendam administrationis rationem, non propterea rectè dicitur obligari eo sensu, de quo agimus, ita scilicet, vt ius in bonis eius fiscus habere possit, qui enim læsus non est, hoc nomine nihil ab administratore consequi potest, & per cōsequens administrator ei hoc nomine obligatus esse non potest.

4 Neque obstat constitutio Iustin. ex aduersò allegata, quia ibi non intendit generaliter de omnibus hypothecis id constituere, sed de illis, de quibus dubitabatur, quando inciperent, vt ex illis verbis liquet, *& dubitabatur, ex quo tempore hypothecas competere oporteret,* meritò ad hanc nō potest trahi, quia ex allegata lege res clarè decisa erat, ita vt nulla esset, circa eam dubitatio, quæ interpretatio eo libentius retinenda est, quia legum correctionem vitat, quam non debere admitti, nisi expressè facta fuerit, omnes iure clamant, & ideò receptum est, legem nouam, quæ idoneam interpretationem accipere potest, nunquam censeri prioribus derogare, cuius rei testes, & rationes adferrem, nisi euidens res esset, & cuilibet obuia.

5 Et licet hinc sequatur, fiscum hac in re peioris conditionis esse, quam sint priuati, quorum hypothecæ a die administrationis ex l. Iustiniani incipiunt, nullum tamen sequitur incommodum, boni enim Principes non multum fauent fisco, vide Didac. Couar. *lib. 1. var. cap. 16. ante num. 1.* Alexan. Turamio. *vbi suprà, cap. 2. num. 1. cum seq.* cuius priuilegia se imminuere ob publicam vtilitatem alibi professus est idem Iustin. *in l. vnica, §. final. C. de caducis tollen.* cui simile est, quod legitur *in l. 2. C. Theod. de aduocat. fisci. prior*, inquit, *apud nos causa priuatorum,*

torum, quam fiſci tutela. Non omitto etiam, fiſcum conſueuiſſe benignus ſe gerere aduerſus poſſeſſores bonorum ſui debitoris, quam facerent priuati: vide text. *in l. Moſchis, ff. de iur. fiſci.* Confert etiam tex. *in l. 2. iuncta l. 6. C. de ſeru. pignor. dato.*

Iuramentum aſſertorium an auferat exceptionem non numeratæ pecuniæ, & an iurans poſſit obtinere abſolutionem ad effectum agendi. Cap. XXX.

CVm quis ſcribit, ſe pecuniam mutuo accepiſſe, idque verum eſſe iureiurando affirmat; dubitatur, an intra tempora a legibus definita opponere poſſit exceptionem non numeratæ pecuniæ.

1 Affirmatiuam opinionem tuetur Felin. *in c. ſi cautio, num. 46. de fid. inſtr.* Iaſ. *in l. ſi pecuniam, num. 3. ff. ſi cert. pet.* Aret. *in §. idem iuris, num. 37. propè finem, verſ. tu vero dicas, Inſtit. de except.* Ruin. *conſ. 132. num. 15. verſ. & bene probatur, lib. 4.* Socin. ſen. *in l. 1. nu. 82. ff. ſol. matr.* Seraphin. Senen. *de priuileg. iur. priuileg. 60. num. 11. verſ. concluſio ſit.* Iacob. Cuiac. *in recitat. ad tit. C. de non nu. pec. col. 2. in princ. verſ. idem eſt.*

2 Fundamentum huius opinionis poſitum eſt *in l. final. C. de non num. pecun.* dum ait. *Indubitati iuris eſt, non numeratæ pecuniæ exceptionem locum habere, & in talibus nominibus, vel fœneratitijs, vel alijs cautionibus, quæ etiam ſacramenti habent mentionẽ, quæ enim differentia eſt in huiuſmodi cautione, ſiue iusiurandum poſitum eſt, ſiue non?* agit ex profeſsò Iuſtinianus de cautionibus, in quibus poſitum fuit iuſiurandum, an admittant non numeratæ pecuniæ exceptionem, & concludit, non referre, an in ipſis poſitum fuerit, nec ne, nulla facta diſtinctione, an promiſſorium iuramentum fuerit, an aſſertorium, igitur nec nos eam facere debemus, aliàs Iuſtinianus, qui vbique profitetur legum ambages ſe tollere, nimiæ obſcuritatis argueretur.

3 Contrariam ſententiam amplector, quæ eſt receptior, auctores huius opinionis ſunt multi, quos referunt, & ſequuntur Emanuel a Coſta *in repetit. l. ſi ex cautione, C. de non numerat. pecun. in 9. limitat.* Io. Guttierez *in tract. de contractibus iur. p. 1. c. 37. num. 8.* Couar. *in c. quamuis, p. 1. §. 3. num. 10. verſ. vnde eiuſdem.* Io. Bolognet. *in l. 1. num. 216. verſ. ſi etenim, ff. ſol. matr.* Lud. Morot. *conſ. 88. nu. 13. verſ. & ampliant, lib. 1.* Ioann. Baptiſta Coſta *de fact. ſcient. vel ignorant. inſpect. 27. a num. 9.*

4 Fundamentum huius opinionis in eo potiſſimũ conſiſtit, quòd in hoc caſu ceſſat ratio, quam DD. communiter adſerunt, cur fuerit huiuſmodi exceptio conceſſa, videlicet facilitas debitoris egentis in ſcribendo, ſe pecuniam accepiſſe, & ſolertia mutuantium in extorquenda cautione ab eo, qui pecunias mutuo quærit.

5 Cum enim, & is, qui ſcribit cum iuramento pecunias accepiſſe, quas non accepit, & qui in cauſa eſt, vt ſcribat delictum maximum committat, quia alter periurus eſt, alter verò periurio dat cauſam, iuxta textũ *in c. qui exigit 22. q. 5.* non eſt veriſimile facilem futurũ eſſe mutuantem in extorquẽdo huiuſmodi cautionem iuratam, nec alterum in ea conſcribendo.

6 Maximè, quia alio modo ſecurus reddi poterat mutuans, ne deindè exceptionem non numeratæ pecuniæ opponatur, ſi ſcilicet in cautione ſcribatur pecuniam fuiſſe numeratam *in contanti*: hoc enim prædictam exceptionem excludit, vt fuit reſolutum a Rota Romana, teſte Mareſcotto *lib. 2. reſolut. 64. num. 14.* poteſt etiam, cum numerabit pecuniam teſtes adhibere, vel nouam cautionem exigere vallatam iuramento, quàm facillimè debitorem facturum eſſe non eſt dubitandum. Igitur omninò inueriſimile eſt mutuãtem cautionem iuratam extorſiſſe, & ab altero conſcriptam fuiſſe, ſi pecunia verè non fuerit numerata.

7 Secundò pro hac opinione non parum vrget regula *l. 5. C. de ſeruo pignor. dat. manumiſſ. l. 4. C. de reuocand. donat.* audiendum non eſſe eum, qui propriam detegit turpitudinem, vt hinc commodum aliquod pecuniarium conſequatur, non enim permittere debet legislator, cuius munus eſt facere bonos ciues, *l. 1. ff. de iuſt. & iur.* vt ciues propria facta turpia detegant propter aliquod commodum pecuniarium, ne aſſueſcant, famam, bonumque nomen negligere, & profligare.

Hinc enim ſequitur nõ eſſe audiendũ eũ, qui aſſerit, ſe pecuniã nõ habuiſſe, hoc enim modo maximum ſcelus detegit, ſe ſcilicet periurij reum eſſe.

8 Nec dicas, iuramentum iſtud habere annexam conditionem, ſi pecunia numerabitur, ſicut habet iuramentum in cautione poſitum de reſtituendo pecuniam, quam non habuit is, qui iurauit, quia reſpondeo maximum eſſe inter hæc diſcrimen.

9 Nam aſſertorium iuramentum continet aſſertionem, & enunciationem ſimplicem, & puram rei geſtæ, quæ ſuaptè natura non admittit aliquam conditionem, vel enim ita factum fuit, vt aſſeritur, & aſſertio vera eſt, vel non fuit id factum, & aſſertio falſa eſt, & ideò non poteſt huc trahi illa conditio, quæ ineſt iuramento promiſſorio, hoc enim quia continet promiſſionem rei futuræ, quæ non fit ex liberalitate, ſed propter ſpem numerationis, iure merito non ſimplex iuramentum cenſendum eſt, ſed conditionale, ſi pecunia fuerit numerata.

10 Non obſtat tex. *in l. final. C. de non numer. pecun.* quia loquitur de iuramento promiſſorio, non de aſſertorio, vt exponunt ibi gloſs. Odofred. *in verſ. quæ eſt ratio.* Ioann. Fab. *in princ.* Bald. *nu. 6. verſ. ſecundo quæro.* Salicet. Caſtr. & alij, de quibus Emanuel, & Guttierez vbi ſuprà, quæ expoſitio euidenter probatur ex illis verbis, *quæ enim differentia eſt in eiuſmodi exceptione, ſiue iusiurandum poſitum eſt, ſiue non?* cum enim his verbis Iuſtinianus oſtendat, nullam eſse differentiam, ſiue appoſitum fuerit iuramentum, ſiue non, vtique clariſſimè oſtendit, ſe loqui de eo iuramento, quod rei, de qua agitur naturam non mutat, igitur non loquitur de iuramento aſsertorio, quia clarum eſt, rem ſic mutare in propoſito, vt magna ſit differentia, an appoſitum fuerit, vel non, vt ex dictis patet, quod eo facilius admitti debet, quòd non conſtat conſueuiſse veteres in conuentionibus ponere iuramentum aſsertorium.

11 Concludo ergo eum, qui iureiurando aſseruit ſe pecuniam habuiſse, non poſse exceptionem opponere non numeratæ pecuniæ, an verò obtinere

poſſit

possit absolutionem ad effectum probandi pecuniam non fuisse nnmeratam, videamus.

12 Posse hunc, de quo agitur, absolutionem huiusmodi petere docuernnt Felin. *in c. si cautio, num. 46. in fine, de fide instr.* Ioann. Bolognet. *in l. 1. nu. 256. in fine, ff. sol. matr. vers. si tamen consideret.*

13 Fundamentum est, quia iuramentum non debet esse vinculum iniquitatis, *cap. & si Christus, de iur. iur.* Ego verò animaduertendum esse puto absolutionem quę conceditur ad effectum agendi, & vt iudex cognoscat, an iurm̃ sit seruandũ iuxta tradita per Rol. a Val. *cons. 13. num. 38. lib. 1. cum multis, de quibus* D. Fachin. *lib. 1. cons. 77. a n. 7.* ad rem nr̃am non adaptari, quia istud iuramentũ non cõtinet aliquam promissionem, sed assertionem rei gestæ, nec dicas, ergo is, de quo agimus poterit agere, & probare, pecuniam non fuisse numeratã.

14 Respondeo enim hoc ex eo dependere, an liceat propriam turpitudinem detegere, in qua re negatiua regula constituenda est *ex l. 4. C. de reuocand. donat. ex l. 5. C. de seruo pignor. dato manumisso,* & in specie de periurio, non audiri illum, qui se peierasse allegat ad retractãdum actũ factum, probat tex. *in c. inter dilectos, vers. attendentes, de donat.*

Et ideò, qui allegat, se peierasse, non erit audiẽdus, quia maximum scelus se commisisse detegeret, quæ opinio placet Ias. qui alios allegat *in l. iusiurandum ex conuentione, §. si procurator, nu. 27. prope finem, vers. item in quantum.* Bart. *ff. de iur. iur.*

15 Nec dicas, prædictam regulam non habere locum, quoties quis detegit turpitudinem suam excipiendo aduersus eum, qui fuit particeps fraudis, vt explicat Bart. *in l. de tutela, C. de integr. rest. & alibi,* & ideò non pertinere ad casum nostrũ, in quo particeps est is, qui agit, prædictæ turpitudinis.

Quia omisso, quod hæc exceptio nec iure, nec ratione probatur, dico, facilè prædictam responsionem ab eo, qui agit ex chirographo eludi posse, si scilicet cedat actiones suas alteri, tunc enim aduersus illum, qui fraudis non fuit particeps, allegatio huiusmodi non suffragabitur.

Possessio an hæredi acquiratur, si colonus nomine eius in possessione continuauerit. Cap. XXXI.

1 DVæ sunt DD. opiniones, alij possessionem hæredi statim acquiri existimant, ac colonus nomine eius possessionem continuauit, alij verò negant.

2 Affirmatiuam opinionem sequuntur Alex. *in l. qui vniuersas, §. per colonum, num. 2. ff. de acq. poss.* Afflict. *decis. 167. num. 5. & 6. & decis. 325. num. 3.* Surd. *qui alios refert cons. 117. a num. 7. in fine, & num. 8. & 9.* Barz. *decis. 46. num. 13.*

3 Negant verò alij, quos Rota Romana non semel probauit, vt est apud Puteum *decis. 462. circa finem lib. 2. & p. 1. diuers. decis. 681. & in Maceraten. fideicommiss. 30. Aprilis 1593. coram Card. Panfilio,* eandem opinionem probauit Aretin. *in d. §. quod per colonum, vers. sed non videtur verum.*

4 Huic opinioni adhæreo, hoc motus fundamento. Hæres non consequitur possessionem bonorum defuncti, nisi illam apprehenderit, *l. cum hæredes 23. ff. de acq. poss.* etiam si per colonum possessio retineretur, *d. l. qui vniuersas, §. quod per colonum, eod. tit.*

5 Non potest autem per alium possessionem acquirere hæres, nisi mandatum dederit, vel ratum habuerit, *l. communis seruus 41. §. 1. de acq. poss.* dum ait. *Procurator si quidem mandante domino rem emerit, protinus illi acquirit possessionem, quòd si sua sponte emerit non, nisi dominus ratam habuerit emptionẽ.*

6 Ratihabitio verò non datur etiam in vtilibus, nisi data scientia actus gesti, vt notat Bart. *in l. quo enim, nu. 1. ff. rem rat. hab.* & alij sequuntur, vt per Rol. a Valle *cons. 19. a nu. 34. lib. 1.* Surd. *decis. 111. num. 13. & 14.* Thesaur. *decis. 70. num. 12.* qui plurimos afferunt.

Cuius rei ratio est euidens, quia, qui ratum habet, actum approbat, ergo necesse est, vt eius notitiam habeat, voluntas enim non mouetur, nisi ex obiecto cognito, *l. si quis ita, §. si quis, vers. & magis est, ff. de test. tutel.*

7 Hoc iacto fundamento, respondendum est aduersariorum argumentis, quorum primum deducitur *ex l. qui vniuersas, §. quod per colonum, ff. de acq. poss.* dum ait. *Sed quod pro emptore possideo per colonum, etiam vsucapiet hæres meus.* Hoc enim intelligitur siue hæres apprehenderit possessionem, siue colonus ei mercedem soluerit, vt exponit ibi gloss. hinc enim infertur colono continuante nomine hæredis, possessionem in ipsum transferri.

8 Respondeo hoc casu concurrere scientiam hæredis, immò & actum positiuum, receptionem scilicet mercedis, quæ cum supponat ex parte coloni recognitionem hæredis in dominum, & ex parte hæredis voluntatem, vt colonus rem retineat, sine dubio hæredem facit possessorem, quia continet declarationem coloni nomine hæredis possidere volentis, & voluntatem hæredis approbantis id, quod colonus eius nomine fecit. Non potest ergo hinc deduci argumentum ad rem nostram, in qua nec scientia quidem hæredis adest.

9 Secundò affertur tex. *in l. qui a seruo 15. ff. de act. & obligat. in fine,* dum decidit, per seruum acquiri possessionem hæreditati iacenti, hinc enim infertur, idem fieri per colonum; quod si ita est, hæres possessionem consequitur ex facto coloni, adeundo enim hæreditatem id omne consequitur, quod in ea reperitur *l. hæreditas, ff. de verb. signif.*

10 Respondeo, seruum non acquirere possessionem hæreditati ex omni causa, sed ita demum, si peculiare negocium gestum sit. Audi Iuriscõsultũ, *Hoc ita si peculiare negocium contractum est, nam ex hac causa etiam possessio acquisita intelligi debet,* itaque hic tex. trahi non debet ad colonum, in quo peculij consideratio non datur. Eadem responsione tollitur id, quod deducitur pro hac opinione *ex l. pen. ff. de capt. & postlim. reuers.* quia & ibi loquitur in re peculiari, vt patet ex illis verbis, *immò si quid seruus suus* &c.

11 Tertiò adfertur, quia cum hæres representet personam defuncti, *l. cum a matre, C. de rei vindicat.* voluntas defuncti videtur durare in persona hæredis, & sic ex voluntate hæredis videtur colonus possessionem retinere.

Respondeo falsum esse, præsumi in hæredem continuari voluntatem, quam defunctus habebat,

cum nullibi hoc cautum reperiatur, immò traditum eſt, hæredem præſumi facta defuncti ignorare, *l. qui in alterius, de regul.* ergo & voluntatem eius, quæ ſoli Deo nota eſt, hæres ignorare præſumitur. Nec obſtat, hæredem repræſentare teſtatorem, quia intelligitur in illis, quæ morte eius non extinguuntur, & ideò beneficia perſonalia non tranſeũt ad hæredes, *l. in omnibus, ff. de reg. iur. cap. priuilegium, de reg. iur.* Sicut etiam nec poſſeſſio defuncti in hæredem continuatur, *l. cum heredes 23. ff. de acq.*
12 *poſſeſſ.* quia ex eius voluntate dependebat *l. 3. §. in amittenda, ff. de acquir. poſſeſſ.* quæ cum ad hæredes transferri non poſſit, translationem poſſeſſionis impedit. Alia huc pertinentia tradit Aretin. *ind. §. quod per colonum, verſ. ſed non videtur verum.* quem, ſi hæc non ſatisfaciunt, conſulere poteris.

Falcidia an habeat locum in legatis pijs ad §. ſi autem hæres, Auth. de eccleſiaſt. titulis. *Cap. XXXII.*

VEteri iure cautum erat, vt lex Falcidia pertineret etiam ad legata Deo relicta, *l. 1. §. ſed municipium, ff. ad leg. Falcid.* an ius iſtud correctũ ſit nouiſſimis conſtitutionibus, nõ cõuenit inter DD.

1 Affirmant Accurſius, & reliqui interpretes *in l. ſi quis ad declinandã, C. de Epiſcop. & Cleric. in Auth. ſimiliter, C. ad legem Falcid.* cum quibus etiam ſentit Cuiac. *lib. 4. Sent. Paul. tit. 3.*

2 Negant idem Cuiac. *ad Nouell. 131.* Robertus Forner. & cum his D. Fachineus *lib. 5. controuerſ. capit. 17.*

Fundamentum receptæ opinionis conſiſtit *in l. ſi quis ad declinãdam, C. de Epiſc. & Cleric. in §. ſi autem hæres, Auth. de eccleſiaſtic. tit.*

3 Quorum alterum fragile eſt, alterũ verò firmiſſimum: fragile eſt fundamentum, quod conſtituitur *in d. l. ſi quis ad declinandam,* cum ibi non agatur de hærede inſtituto, ſed de eo, qui legis auctoritate adit hæreditatem captiuis, vel pauperibus relictã, hic enim, cum ad pium opus, non ad lucrum inuitetur, ad exequendam, non ad infringendam voluntatem teſtatoris, præcipua quadam ratione à Falcidiæ beneficio excluditur, quod facilè ex ipſo contextu intelliges, & ex D. Fachineo loco allegato.

4 Firmiſſimum autem eſt fundamentum poſitum *in §. ſi autem hæres, Auth. de eccleſiaſtic. tit. Nouell. 131.* dum ait, ſecundum veterem verſionem. *Si autem hæres, quæ ad pias cauſas relicta ſunt, non impleuerit, dicens relictam ſibi ſubſtantiam non ſufficere ad iſta. Præcipimus omni Falcidia vacante quidquid inuenitur in tali ſubſtantia proficere pro iuſſione Sanctiſſ. locorum Epiſcopi, ad cauſas, quibus relictum eſt.* Secundum Haloandrum autem ſic ait. *Si verò hæres ea, quæ in pias cauſas relicta ſunt non impleat, dicens non ſufficere ad has ſibi relictam patrimonium, iubemus, vt omni lucro, quod ex Falcidia prouenit, vacante, quidquid in eius facultatibus inuentum fuerit, prouidentia Sanctiſſ. locorum Epiſcopi totum in cauſas, in quibus relictum eſt, procedat.*

5 Vides ex hoc loco clarè probari, hæredem, qui dicit non ſufficere ad legata pia ſoluenda hæreditatem, cogi omnem rem hæreditariam in his legatis adimplendis impendere, & nihil apud eum Falcidiæ nomine relinqui.

Neque valet, quod aduerſarij dicunt, hoc loco agi, non de omni hærede, ſed de hærede moroſo, ex illis verbis *non compleuerit*, &c. & propterea trahi non poſſe ad eos hęredes, qui nullam moram commiſerunt.

Namque, & ſi Balſamo Græcus iuris interpres celeberrimus, id exiſtimauerit, & cum eo Cuiac. & alij ſuprà allegati, verius tamen exiſtimo Iuſtinianum de omni hærede loqui, idque multipliciter oſtendo.

6 In primis, cum mora culpa ſit, certi iuris eſt eam non comitti ab eo, qui culpa vacat, ergo hæres, qui non ſoluit legatum pium, quia putat, non ſufficere hæreditatem ad omnia legata præſtanda, non eſt in mora, quia hoc in caſu culpa vacat, debet enim prius conſtare, quæ legata prius ſoluenda ſint, & quemadmodum ea ſoluere oporteat; nec dicas, ſatis eum in culpa eſſe, quia non examinat vires hæreditatis, & rei veritatem non reperit, quia, pręterquam quod res hæc difficilis eſt, & longam poſtulat excuſſionem, reſpondeo hæredem etiam eo caſu, quo hæreditas non ſufficit ad legata pia ſoluenda, Falcidiam amittere, cum Iuſtinianus iubeat hæredi, vt, quidquid in hæreditate reperitur, impendat in ſoluendis legatis pijs, nihilque retineat Falcidiæ nomine.

7 Secundò certi iuris eſt, hæredem, qui legata ſoluit non retenta Falcidia, eam repetere non poſſe, *l. final. C. ad l. Falcid.* ergo hæres, qui aſſerit, non ſufficere patrimonium defuncti ad legata præſtanda, & per conſequens vult deducere Falcidiam, omnĩ culpa caret, ſi interim non adimpleuerit legata pia, quia oportet diſcutere, quidnam ſit detrahendum pro Falcidia, ne totum ſoluendo ſibi præiudicet.

8 Tertiò cum hæres moroſus eſt in ſolutione legatorum piorum, non ſolum condemnatur ad legatum præſtandum, ſed etiam ad vſuras, fructus, & augumenta rei à die mortis teſtatoris, vt *in eod. §. habetur, verſ. ſi autem diſtulerint*, ergo in prædictis verbis non agitur de hærede moroſo, quia ibi ſolũ condemnatur ad dandum id, quod in hæreditate reperitur, de vſuris verò, & fructibus nullum verbum fit.

9 Quartò, dum dicit Iuſtinianus, hæredem, qui non adimpleuit legata pia, quia hęreditas non ſufficiat, debere tradere legatarijs quidquid in hęreditate reperitur, nihil retinendo pro Falcidia, loquitur ne ante, an poſt ſex menſes, quos pręfigit Iuſt. hęredi ad adimplenda legata pia? Si dices, id habere locum, ſiue ante, ſiue poſt diſtulerit, quęrã abs te, an ſit in mora hęres, qui vtitur dilatione à Iuſtiniano ſibi conceſſa?

10 Si verò dices intelligi de hęrede, qui permiſit dictum tempus elabi, quęram rurſus, cur ergo Iuſtinianus ſimpliciter loquitur de hęrede non ſoluente legata pia, nec diſtinguit tempora?

Poſtremò, quia verſiculus *ſi autem legatum*, in quo proponuntur pęnæ heredis moroſi, non venit continuatiuè ad verſiculum antecedentem, de quo nos agimus, quod vtique non fuiſſet factum ſi in eo de eadem re actum fuiſſet.

An

An Trebellianicam, Falcidiamvè deducat Ecclesia hæres instituta ex legatis, & fideicommissis pijs ad §. si autem hæres, de ecclesiastic. titulis. *Cap. XXXIII.*

1 RECEPTA est nostrorum opinio, Falcidiam, Trebellianicamque nouo iure deduci non posse ex legatis pijs DD. *in l. si quis ad declinandam, C. de Episc. & Cler. in Auth. similiter, C. ad legem Falcid. in l. Marcellus, ad Trebell. in l. 1. §. si quis ad municipium, ff. ad legem Falcid.* Tiraquell. *in tract. piæ caus. priuileg. 26. & 27.* Cardinal. Mantic. *de coniect. vlt. lib. 4. tit. 5. art. 6. num. 4. & 5.* Crass. *§. Falcid. q. 3. & §. Trebellianica, q. 11.* Ant. Gabr. *tit. ad S. C. Trebellianicum, concl. 11.* Honded. *conf. 64. num. 66. lib. 1.* Peregr. *de fideicom. art. 3. num. 3.* Marescot. qui Rotæ decisiones non editas refert, *var. resol. lib. 2. c. 72. a num. 11.* quam opinionem, quò ad Falcidiam, deffendi in c. antecedenti.

2 Hac supposita opinione, dubitatur, an idem sit dicendum, cum Ecclesia fuit hæres instituta, & prædictam opinionem tunc non habere locum docuerunt multi, quos referunt Tiraquell. *de pia causa, priuileg. 26. num. 4. & 6.* Peregrin. *de fideicom. art. 3. num. 70. vbi eam sequitur vers. a communi,* eandem probat Couar. *in c. possessor, p. 2. §. 2. num. 4. vers. ex quibus, ibi, & licet ratio.*

3 Primum fundamẽtum huius opininnis positum est *in §. sed & hoc præsenti, Auth. de sanctiss. Episc.* vbi habetur, ea, quæ relicta sunt alicui sub conditione nuptiarum, vel filiorum præstanda esse ei, si Monacus, vel Clerius fiat, quasi huiusmodi conditio non fuerit apposita, & hoc in gratiam Religionis, si modo deficiente dicta conditione, testator non reliquerit bona prędicta in pios vsus, tũc enim prædictum priuilegium cessat, ne alteri piæ causæ damnum afferatur, ergo idem est dicendũ in Trebellianica, & Falcidia constitutioni, scilicet super his additæ locum non esse, cum piæ causæ hæredi institutæ damnosa est.

4 Quod non est nouum, nec sine ratione. Non est nouum, quia videmus priuilegium varijs personis concessum se excusandi a tutela non habere locum, quoties ageretur de tutela filiorum eius, qui eiusdem, dum vixit, conditionis fuit, vt patet *ex l. sed & milites 10. & l. non tantum 20. §. Illienses, §. ros, §. fanè, ff. de excus. tutor. ex l. penul. C. eod. tit.*

Priuilegium etiam marito inopi concessum ne conueniatur vltra quam facere possit, *l. maritum, ff. sol. matr.* non habet locum, quoties vxor & ipsa inops est, vt not. Bart. ibi, & cum eo cæteri.

Priuilegium etiam anterioritatis dotibus concessum non habet locum, quoties de alterius dotis præiudicio ageretur, *l. assiduis, vers. sed in persona, C. qui potior. in pignor. habeantur.*

5 Non est sine ratione, nam æqualitas conditionis fortior videtur omni priuilegio, vt in proposito dicebat I. C. *in dicta l. sed & milites, ff. de excusat. tutor.* Secundò, quia in generali sermone non vidẽtur contineri illi, qui sunt digni speciali nota, iuxta traditionem gloss. receptę *in rub. C. de seru. & aqua.* Tertiò, quia contra iuris regulam videtur, vt priuilegium, quod in vtilitatem pię causæ introductum fuit, quandoque in eius damnum trahatur, *l. quod fauore, C. de legib.*

6 Secũda est opinio distinguens Falcidiam a Trebellianica, vt scilicet Ecclesia hæres instituta non possit ex legatis pijs deducere Falcidiam, Trebellianicam verò possit detrahere ex fideicommisso, sic docuit Socin. sen. post Philippum Francum *in l. Marcellus, §. 1. nu. 8. ff. ad Trebell.* & Ruin. *cons. 89. num. 7. prope finem lib. 3.*

7 Fundamentum huius opinionis est, quia, quod Trebellianica non deducatur ex fideicommissis factis ad piam causam, non fuit clarè decisum a Iustiniano, nec ab alio Principe, sed id colligũt DD. ex lege Iustiniani per extensionem, arguendo de Falcidia ad Trebellianicam, quod argumentum, etiamsi regulariter admittendum sit, tamẽ in proposito, in quo agitur de damno piæ causæ, admittendum esse non videtur per tex. *in d. l. sed, & milites, ff. de excus. tutor.* dum ait, *coæqualitatem conditionis omni priuilegio fortiorem esse.*

8 Tertia opinio est, eaque verissima, Falcidiam, & Trebellianicam cessare in legatis, & fideicommissis ad pias causas, etiamsi Ecclesia, vel alia pia causa hæres fuerit instituta, quam tenuerunt Alex. *in l. 1. §. ad municipium, ff. ad leg. Falcid. in l. Marcellus, num. 5. ff. ad S. C. Trebell.* vbi Ias. *num. 36.* Corneus *in Auth. similiter, num. 16. C. ad leg. Falcid.* Felin. *in c. in præsentia, num. 30. vers. & per illum tex. de probat.* Fernand. Vasq. *de success. progres. lib. 2. §. 26. num. 25.* Gomes. *in §. rursus, num. 27. Inst. de action.* D. Fachin. *lib. 13. c. 63.* qui omnes re discussa hanc partem firmauerunt, eandem etiam secuti fuerunt Tib. Decian. *cons. 42. num. 21. lib. 2.* Crass. *§. Falcidia, q. 3.* & alij ab istis relati.

9 Fundamentum huius opinionis primò consistit *in l. si quis ad declinandam, C. de Episc. & Cleric.* dum ait. *Sin autem in personam certã vel incertam venerabilem Domum respexit, ei tantummodò hæreditatem, vel legatum competere sancimus nulla Falcidia, nec in hac parte intercedente.*

Prohibet in his verbis Iustinianus Falcidiam detrahi ex legatis pijs, vt not. ibi gloss. *in verbo fine Falcidia, ibi, sed hodie,* & com. alij, Odofred. *propè finem.* Bal. *in principio, num. 13.* Salicet. *num. 2. in fine, vers. quia non cauillando, & num. 6. in fine.* Fulgos. *num. 2. in fine, & num. 3.* gloss. *in c. si pater, in vers. Trebellianicæ, ibi, licet ergo de testam. lib. 6.* Didac. Couar. *in c. Raynutius, §. 3. num. 7. ibi, tex. est extra de testam.* Coras. *in prælud. l. filiam quem habentem, C. famil. ercifcund. num. 44.* Duar. *ad tit. ff. ad l. Falcid. c. vlt. col. penult.* Emanuel a Costa *in c. si pater, p. 2. in verbo Trebellianica, num. 22. in fine.* Cuiac. *ad senteat. Iul. Paul. lib. 3. tit. 3. in vers. lex Falcidia, ibi, nouissimis, & clarius in l. 2. C. ad l. Falcid.* Peregrin. *de fideicommiss. art. 3. num. 62. vers. antecedens.*

Et tamen in his verbis loquitur de eo casu, quo testator venerabilem Domum hæredem instituit, ergo iste text. retinendo communem hunc intellectum, clarissimè probat piam causam hæredem institutam Falcidiam non detrahere.

10 Secundò, esto Iustinianum in hac lege particulariter non loqui de pia causa hærede instituta, sed generaliter vetare hæredibus ex legatis pijs Falci-

L 2 diam

dicam capere, prout loquitur *in §. ſed ſi hæres, Auth. de eccleſiaſtic. tit.* dico tamen eius deciſionem, tum ex vi verborum, tum ex vi rationis, habere locum contra piam cauſam hæredem inſtitutã, & hoc eſt tutius fundamentum: ex vi verborum, quia generalia ſunt, quod nemo diffitetur: ex vi rationis, quia rationis, quibus motus fuit Iuſtinianus ad ita conſtituendum, longè magis contra Eccleſiam hæredem inſtitutam vrgent, quàm contra cæteros.

11 Duabus enim rationibus motus fuit, vt mihi videtur, Iuſtin. Primò, quia non videtur decẽs, legata, quæ Dei intuitu facta fuerunt, ab hærede, proprijs commodis inhiante, delibari, ac diminui. Secundò, quia alienum videtur a charitate Chriſtiana ab hærede diminui legata, quæ pro animæ ſuæ ſalute fecit defunctus, ſuffragia enim defunctis ſic deminuuntur, eripiunturque, quod impium videtur homineque Chriſtiano indigniſſimum. vide teatum, *in §. ſi verò expreſſim, Auth. de hæred. & Falcidia.*

12 Has autem rationes quis non videt contra Eccleſiam hæredem inſtitutam magis vrgere? Omnes enim reuerentiam Deo debemus, ſed magis illi qui eius cultui dicati ſunt; omnes pietatem colere debemus, ſed magis Sacerdotes, qui in exemplum nobis prælucent. Cumque fidei, & pietati non plene ſatisfaciat, is qui Falcidiam detrahit, vt clarè docet Papinianus *in l. patrem 19. ff. quæ in fraud. cred.* & Vlp. *in l. ſi ſponſus 5. §. ſi quis rogatus, de donat. inter virum, & vxor.* vbi agens de hærede, qui non retẽta quarta rem reſtituit, inquit, *hic enim verè fidem exſoluit, voluntatem teſtatoris obſecutus.* Quis non videt longè minori ſtudio Eccleſiam quærere debere huiuſmodi detractionem, quam cæteros?

13 At dicet aliquis, etiam ſi Eccleſia detrahat Falcidiam, in pios tamen vſus bona hæc conuertẽtur. Reſpondeo, hoc quidem verum eſſe, ſed non ſufficit, quia hinc non ſequitur, quin irreuerenter ſe geſſerit Eccleſia, dum ea imminuit, quæ Dei intuitu diſpoſita fuerunt, pietatiſque, & fidei munus non plenè adimpleat, ſuffragia imminuendo, quæ ſibi parauit defunctus, minus enim ad ſalutem prodeſt, quod ex lege Falcidia detrahitur, quàm id, quod ex eius voluntate in pios vſus conuertitur, cum Falcidia, & Trebellianica ex recepta opinione contra voluntatem defuncti detrahatur. vide Gabr. *conſ. 138 num. 42. lib. 1.* Card. Mantic. *lib. 7. tit. 11. nu. 8.* Craſſ. *§. Falcidia, quæſt. 11.* Honded. *lib. 1. conſ. 63. num. 118.*

14 Tertiò eadem opinio probatur. Quando Eccleſia hæres inſtituta detrahere vult Falcidiam ea legato pio, non vtitur aliquo ſpeciali beneficio ſibi conceſſo, ſed vtitur iure communi omnium ciuiũ, econtra eccleſia legataria, dum integrum petit legatum, vtitur priuilegio particulari piæ cauſæ legatariæ a Iuſtiniano conceſſo, ne legata ipſi facta a lege Falcidia diminuantur, ergo pia cauſa legataria præferri debet Eccleſiæ hæredi inſtitutæ, cum apud noſtros receptum ſit, priuilegiatum vti priuilegio aduerſus eos, qui eiuſdem priuilegij participes ſunt, quando vtuntur iure communi, cui per priuilegium derogatum fuit. Bartol. *in Auth. quas actiones, num. 3. verſ. quandoque, C. de S. S. Eccleſ.* ibi Salicet. *num. 3.* Caſtr. *num. 6.* & alij, de quibus Felin. *in c. in præſentia, num. 30. de probat.* Surd. Odd. *de reſtit. in integr. q. 18. num. 34.*

15 Quæ opinio omiſſis iuribus, quæ a Bart. & ab alijs adferuntur probatur, *ex l. 1. & 2. & ex l. 8. C. de teſtam. milit. ex l. 5. C. ad S. C. Velleianum*, dum in his iuribus deciditur, priuilegium militibus conceſſum, vt, quomodo velint, teſtentur, habere locum etiam cum damno id eſſet alteri militi, & beneficium S. C. Velleiani non ſolum contra maſculos habere locum, ſed & contra mulieres.

Et ea his ſatis clarè probatur quæ diſpoſita fuerunt a Iuſtiniano circa detractionem ex lege Falcidia in legatis pijs habere locum etiam cõtra Eccleſiam hæredem inſtitutam, ergo idem erit dicendũ etiam cum agitur de Trebellianica, cum verum nunc ſupponamus opinionem illam, quæ docet ea, quæ Iuſtinianus diſpoſuit in Falcidia, in Trebellianica quoque ſibi locum vendicare.

Neque obſtant adducta in contrariũ, licet enim ea prædictis commodè reſponſio elici poſſit, ſigillatim tamen, clarioris doctrinæ gratia reſpondebo.

16 Ad tex. *in §. ſed & hoc præſenti, Auth. de ſanctiſſ. Epiſc.* reſpondeo, mentem Iuſtiniani fuiſſe, vt ea, quæ relicta fuerunt, vel donata ſub prædictis conditionibus in pios vſus conuertantur, vt patet ea illis verbis. *Hoc autem ſolatio & Clerici, & Diaconis Eccleſiarum fruãtur, ſi vſque ad ſuam vitam in his perſeuerauerunt, vt res ſub tali conditione donatas, aut relictas ad pia opera exponant, aut relinquant.* Nil mirum ergo, ſi eo caſu, quo teſtator, vel donator in pios vſus, deficiente conditione, rem conuerti mandauit, conſtituerit, ne ab eius ordinatione deſcedatur, tunc enim ea voluntate teſtatoris id ipſum adimpletur, quod Iuſtinianus fieri cupit, & ideò iniquum eſſet voluntatem teſtatoris, vel donatoris infringere.

Immò reatus in contrarium retorquetur, cur enim Iuſtinianus *in hoc §. ſed & hoc præſenti*, ponit illa verba, *Si tamen in redemptione captiuorum, aut egentium alimenta ſub prædictis conditionibus ſubſtitutio, aut reſtitutio fiat ex nullo memoratorum modo eum excludi permittemus.* Ex quibus declarat, priuilegium iſtud contra cauſam piam non competere. *& in §. ſed ſi hæres, Auth. de eccleſiaſtic. titul.* dum decidit in legatis pijs ceſſare Falcidiam, non declarat id non habere locum contra aliam piam cauſam, cum in ea diſpoſitione multò magis pia cauſa, quam cæteri continerentur, vt ſuprà expoſui? maximè quia *in dicto §. ſed & hoc præſenti*, præter ea, quæ ſuprà ea poſita fuerunt alia concurrebant, ex quibus facillimè deduci poterat, non eſſe porrigendam huiuſmodi conſtitutionem contra aliam piam cauſam, vt explicat Alexand. *in l. Marcellus, num. 5. ad S.C. Trebellian.* Nulla enim occurrit cauſa idonea quam hæc; voluiſſe ſcilicet Iuſtinianum, qui in Nouellis conſtitutionibus maximè nititur, vt omnia clarè exprimat, tollere dubitationem, ne quis crederet huiuſmodi conſtitutionem contra aliam piam cauſam habere locum. Hæc autem dubitatio vnde nam orietur, ſi regulariter priuilegiũ piæ cauſæ conceſſum non competeret, quando in dammum vertatur alterius piæ cauſæ?

17 Ad tex. *in l. ſed & milites ff. de excuſ. tutor.* reſpõdeo, clarè fuiſſe in priuilegio veteranis conceſſo, expreſ-

expressum; ne a tutela filij alterius veterani se excusarent. vide tex. *in l. 2. C. de excus. veteranorum.*

Ad tex. *in l. non tantum 20. §. Illienses es, de excus. tut.* respondeo, hanc interpretationem adhibitam fuisse, quia sic Illiēsium, quibus priuilegium datum fuerat, intererat. Valde enim incommodum illis fuisset, si non potuissent dare tutorem Illij habitantem. Eadem ratione nititur decisio textus *in §. sanè, eiusdem legis.* loquitur enim de castrorum inquilinis.

18 Ad tex. *in §. eos, dicta l. non tantum,* respondeo, loqui de ijs, qui in corporibus sunt, puta fabrorum, qui cum inter se magis assiduè, quam cum cæteris versentur, incommodum non leue fuisset illis, si eum, quem ex sui ordine idoneum cognouissent, non potuissent tutorem filijs suis dare. Eadem ratione nititur tex. *in l. penul. C. de excus. tutor.*

19 Ad doctrinam Bartoli *in l. maritum, ff. solut. matr.* respondeo, priuilegium marito concessum, ne conueniatur vltra quam facere possit, fundari in reuerentia, quam debet marito vxor, *l. alia, §. 1. eod. tit.* nil mirum ergo si non procedit, quando mulier inops est, non patitur enim reuerantia huiusmodi, vt mulier se esponat dedecori, quod secum plerumque inopia affert, vt dignitas mariti nō offendatur.

20 Ad tex. *in l. assiduis, vers. in præsenti, C. qui potior. in pignore habeant.* responsio ex eodem tes tu apparet, dum ait, *ne ius quod posteriori datum est, vxori anteriori denegetur.*

21 Ad rationes etiam ex aduersò adductas commodè responderi potest, & quod pertinet ad eam, quæ deducitur *ex l. sed & milites 10. ff. de excus. tutor.* animaduertendum puto, illam non fuisse a I.C. propositam, vt causam afferret, cur priuilegium concessum veteranix se excusandi a tutela, non se extenderet ad filios veteranorum, quia cum id esset clarè expressum in lege hoc priuilegium concedente, *vt in l. 2. C. de excus. veteranorum,* non erat opus circa hoc insistere. Secundò, quia alias Iurisconsultus non rectè argumentatus fuisset, ibi enim quærit, an veterani excusentur a tutelis, & distinguit tempora, aut enim loquimur intra annum missionis, aut post; si intra annū, ab omnibus tutelis se excusant; si post, excusantur a tutelis extraneorum, non autem filiorum conueteranorum, rationemq́ue reddit, quia *coæqualitas militiæ fortior videtur omni militum priuilegio,* si enim hęc ratio reddita fuisset, vt ostenderet cur priuilegium se excusandi, non extendatur ad tutelam filiorum conueteranorum, non fuissent distinguenda tempora, cum semper eadem ratio vrgeat.

Itaque hæc ratio allata fuit ad ostendendum, cur lex exceperit tutelam filiorum conueteranorum. Sensus ergo textus hic est; licet conditio militaris ordinis sit eiusmodi, vt debeat eximi ex aliorum ciuium grege, propter maxima militum, in Rempublicam merita, æqualitas tamen militiæ postulat, vt veteranus subijciat se oneri tutelæ filij Comilitonis, in memoriā præteritæ militiæ. Priuilegium ergo eo loci accipitur pro conditione militaris ordinis, quæ priuilegijs ornata semper fuit, quod nec nouum est, nec ineleganter dictum, alibi enim ponitur priuilegium pro illis, quibus priuilegia competunt, scilicet *in l. si hominem 7. §. quoties, ibi, & ante priuilegia, ff. deposit. in l. si ventr. 8. §. in bonis, in principio, & ante vers. eorum, ff. de priuileg. creditor. in l. 10. ff. qui potior. in pignor. habeant.*

Insuper ratio hęc est persuasiua, non cōuincens, nam priuilegium se excusandi intra annum missionis continet, & filios veteranorum, *vt in dicta l. sed & milites,* & priuilegium testandi quomodo velint, etiam habet locum, quando in Comilitonum damnum vergit, *l. 1. & 2. & l. 8. C. de test. milit.* & tamen his casibus illa militat.

Itaque ex ea non debet sic argui, vt concludamus necessariò, sed probabiliter, & ideò cum alia fortior ratio in contrarium vrget, hæc non erit proponenda, nil mirum ergo, si in casu nostro dicta ratio paruipendenda sit, cum longè fortiores rationes vrgeant contra piam causam, quas supra exposui.

22 Ad id, quod dicebatur in sermone generali non venire ea, quæ sunt digna speciali nota. Respondeo, piam causam regulariter propter summam Religionis reuerentiam speciali nota dignam esse, attamen quando agitur de exhibenda reuerentia Deo, de fide obseruanda, cultuq́ue pietatis, non esse, cur de Ecclesia mentionem specialem faciamus, cum ipsa profiteatur, debeatq́ue magis reuerenter, pieq́ue se se gerere erga Deum, proximumq́ue quam cæteros.

23 Ad id, quod postremò loco dicebatur, respondeo, non esse nouum, vt quod in priuilegium ordini alicui datum fuit, in præiudicium vertatur aliquando alicuius ex'd. ordine. vide text. *in l. verum, §. 1. ff. de minorib. in l. 1. & 2. & l. 8. C. de test. milit. in l. 5. C. ad S.C. Velleian. in l. sed & milites, ibi, intra annum, ff. de excus. tutor.* nec refragatur regula *l. quod fauore, C. de legibus,* quia priuilegium fuit concessum ordini, nō personis particularibus, iuxta tex. *in c. si diligenti, de foro competen.* ideò sat est, ne in damnum ordinis conuertatur.

Secūdò respondeo, nullum afferri Ecclesię præiudicium, ipsa enim, non diuitijs inhiat, sed Dei Optimi Maximi cultui, ac honori, nec non saluti animarum, cumq́ue cumulatius pietati, & fidei satisfiat non detrahendo Falcidiam, quis dixerit, eā damnum sentire, dum Falcidiam omittendo, pietatem colit, ac fidem? *vide §. si verò expressim, Auth. de hær. & Falc.*

24 Ad argumentum secundæ opinionis ex prædictis responsio patet, cum enim DD. admittant ea, quæ de Falcidia constituta sunt, vt non habeat locum in legatis pijs, in Trebellianica sibi locum vindicare, multò magis in casu nostro erit admittendum, cum ratio propter quam Falcidia in pijs legatis cesset, vrgeat contra piam causam magis quam contra alios hæredes institutos. Concludo ergo Falcidiam, & Trebellianicam cessare in legatis, & fideicommissis pijs, & ita iudicandum esse censeo.

Vsufructu legato quando proprietas rei legata intelligatur. Cap. XXXIV.

SAepè controuerti solet, an legato vsufructu proprietas quoque legata intelligatur, multæque excitantur a DD. dubitationes de hac re, quarum

 aliquas,

aliquas, quia ab eodem principio dependent, hoc loco exponere conſtitui.

1 Ad hanc autem rem decidendam in primis conſtituendum eſt licet ius vtendi, & fruendi, quod quis habet in rebus ſuis vſusfructus nomine interdum ſignificetur, vt *in l. ſi teſtamento, §. penultimo. ff. de excep. rei iud. in l. ſi ita ſtipulatus, §. 1. de verb. oblig. in l. ſi alij, ff. de vſufr. legat. in l. ſi ab eo, eod. tit.* per-
2 raró tamen vſusfructus hoc ſenſu accipitur; nam præter locos allegatos paucos reperies, in quibus hoc ſenſu vſurpetur, plerumque autem vſufructus accipitur pro iure vtendi, & fruendi rebus alienis ſalua earũ ſubſtantia, & hoc ſenſu interpretes vsũfructum intelligunt, cum ſimpliciter de vſufructu mentio ſit: nec enim ſolent facultatem rebus ſuis vtendi, & fruendi, vſusfructus nomine appellare, niſi cum adiuncto; & hoc certiſſimum eſt, & notum cuicumque, qui mediocriter in libris noſtris verſatus eſt, ideò, niſi dicamus notarium, vel teſtatorem conſultò obſcuritatem quæſiuiſſe, quod omni caret veriſimilitudine, non eſt credendum nomine vſufructus voluiſſe proprietatem rei ſignificare, niſi ex alijs coniecturis eorum mens ſit euidens, & manifeſta.

3 Secundò conſtituendum eſt, cum verba teſtatoris ambigua ſunt, in dubio ad eam partem trahi debere, per quam hæres minus grauatur, *l. Iulianus 41. §. ſuo, de leg. 1. l. qui concubinam 29. §. 1. l. nũmis 73. de leg. 3.*

4 Itaque cum idoneam interpretationem accipere poſſunt teſtatoris verba, nunquàm erit admittendum, appellatione vſufructus venire proprietatem, tunc enim admitteremus teſtatorem imprudentiſſimum fuiſſe, qui ſcienter ſuam voluntatem adeò obſcurè expreſſerit, vel notarium improbum eſſe, qui conſultò obſcuritatem quæſiuerit. Si verò aliam interpretationem verba accipere non poſſint, tunc vſusfructus nomine intelligi poterit proprietas, quia tunc prædicta incommoda ceſſant; cuius rei exemplum afferri poteſt *ex l. Proculus, ff. de vſufr.* vbi decidit I. C. ſi teſtator dixerit. *Si ille promiſerit hæredi meo per ſe non fore, quo minus altius ea ædificia tollantur, tunc eorum ædificiorum vsũfructum do lego.* Idem eſt ſi dixerit. *Aedium illarum quò ad altius, quam vti nunc ſunt, ædificatæ non erunt, illi vſumfructum do lego.* Cum enim velit teſtator, conſtitui ſeruitutem altius non tollẽdi ad fauorem hæredis, vtique non vult, eum earum dominum eſſe, quia res propria nemini ſeruit, *l. in re communi, ff. de ſeruitutibus*. ergo voluit, dominium ad legatarium pertinere, cum alteri illud non legauerit; quod optimè not. Accurſ. ibi, & latius explicat. Io. Garſ. *in tract. de expenſ. &elioram. c. 10. à num. 11.* vbi hunc intellectum, qui communis eſt, ſolidiſſimè defendit aduerſus Pinellum.

Hinc infertur, falſam eſſe opinionem eorum, qui dixerunt, vſusfructus appellatione venire proprietatem, quoties teſtator prohibuit vſufructuario rem alienare, quam opinionem tenuerunt multi, quos referunt Card. Mantic. *lib. 9. coniectur. tit. 5. num. 9.* Menoch. *lib. 4. præſumpt. 133. num. 3.*

Etenim cum prohibitio poſſit ſic commodè intelligi, vt eam teſtator fecerit, vt arctiori vinculo ligetur vſusfructuarius, legis ſcilicet, & teſtatoris; vtique ex ea non poteſt inferri euidentem eſſe teſtatoris voluntatem, quod dominium legare voluerit. Et hæc opinio eo facilius retinenda eſt, quia multa non neceſſaria in teſtamentis inculcari plerumque ſolent, vel propter notariorum ſolertiam, qui cum iuris diſpoſitionem raró ſciant, nõ improbè faciunt, cum ea exprimant, quæ plerumque tacitè continentur, vel ex teſtatorum ſcrupuloſitate, qui ſæpiſſimè iura, & ipſi ignorantes, volunt ea ex-
5 primi quæ tacitè inſunt. Qua ratione apud noſtros argumentum a ſuperfluitate modici momenti eſt in teſtamentorum explicatione. vide Card. Mantic. *lib. 3. tit. 6. num. 8. lib. 8. tit. 18. num. 24.* Peregrin. *de fideicommiſſ. art. 14. num. 21. prope finem.* Surd. *conſ. 325. num. 14. ante verſ. non etiam.*

6 Quibus rationibus moti hanc opinionem tenuerunt Arius Pinell. *in l. 1. C. de bon. mater. p. 3. num. 42. & 43.* Mantic. *de coniectur. d. lib. 9. tit. 5. verſ. ſed tamen ego.* Menoch. *vbi ſuprà num. 3. prope finẽ, verſ. quo circa.* D. Fachin. *lib. 5. controuerſ. c. 44.* qui alios referunt.

7 Non obſtant fundamenta partis aduerſæ, nam quod dicũt huiuſmodi prohibitionem ſuperfluam eſſe, & nihil operari, ex ſupradictis tollitur: præterea reſpondetur, non dici ſuperfluum id, quod continet expreſſionem eius, quod tacitè inerat. vide Card. Mantic. *lib. 3. tit. 6. nu. 3.* Surd. *conſ. 325. num. 14. lib. 3.* Lud. Morot. *conſ. 89. num. 19. lib. 1.* ergo huiuſmodi expreſſio non dicitur ſuperflua, cũ contineat expreſſionem prohibitionis, quam tacitè ex natura legati continebatur.

Secundum fundamentum deducebatur *ex l. Proculus, ff. de vſufr.* ſed reſpondetur ex dictis ſuprà num. 3.

8 Tertium argumentum erat huiuſmodi; priuatio præſupponit habitum, *l. decem, de verb. oblig.* ergo dum teſtator aufert facultatẽ alienandi, oſtendit, ſe illam prius conceſſiſſe, & ſic vſusfructus nomine proprietatem reliquiſſe.

9 Reſpondeo, hęc eſſe verba prohibitiua, non priuatiua; aliud enim eſt dicere, prohibeo alienationem, veto alienari rem; aliud auffero alienandi facultatem: prohiberi enim plerumque ſolet etiam id, cuius faciendi facultas nunquam competijt, & hoc ad maiorem cautelam, ſicut quilibet in ędictis Prætoris animaduertere poteſt, in quibus ſæpe vetat Prætor, id fieri, quod nunquàm licuit, *l. 1. in princ. ne quid in loco ſacr. l. 2. ff. ne quid in loco public. l. 1. ff. de loco public. fruen. l. 1. ff. de via public. l. 1. ff. de fluminib. l. 1. ff. vti poſſid. l. 1. ff. de ſuperficieb. l. 1. ff. de itin. atque itin. priuat. l. 1. ff. de aq. æſtiua. l. 1. ff. de riuis. l. 1. ff. de fonte. l. 1. ff. de cloacis.* quod in plurimis alijs legibus facilè eſt animaduertere.

10 Secundò infertur ad deciſionem huiuſmodi dubitationis. Teſtator reliquit vſumfructum, deindè vſufructuario dedit facultatem rem alienandi, an proprietatem conceſſiſſe videatur?

Ex prædictis enim ſequitur, ſolum vſumfructu conceſſum dici. Nam ſunt hæc compatibilia, quod quis ſit vſufructuarius, & habeat facultatem rem alienãdi, ſicut inſimul hæc ſtare poſſunt, quod quis rogatus ſit alteri rem reſtituere, & quòd habeat facultatem alienandi, vt per Ruin. *conſ. 109. num. 9. & 10. lib. 2.* Decian. *conſ. 27. num. 10. lib. 3.* & latè

Peregr.

Peregr. *de fideicommiss. art.* 40. *num.* 45. propterea ex huiusmodi alienationis concessione non apparet euidens voluntas testatoris, quod dominium relinquere voluerit, sicque in proposito docuerunt Socin. sen. *cons.* 131. *num.* 15. *lib.* 1. Gabr. *cons.* 143. *num.* 6. *lib.* 1.

11 Contrarium tamen tenuerunt Barbat. *cons.* 64. *colum. vltim. lib.* 2. & alij, quos referunt, & sequuntur Mantic. *vbi suprà num.* 14 Menoch. *d. præsumptione* 133. *a num.* 4. D. Fachin. *lib.* 5. *cap.* 45. Surd. *cons.* 45. *num.* 28. *lib.* 1.

12 Quorum fundamentum ex prędictis destruitur, dicebant enim, facultatem alienandi vsufructuario non conuenire, sed ei, qui proprietatem habet, & ideò proprietatem, non vsumfructum relinquere testatorem voluisse, dum facultatem hanc concessit: ex prædictis enim apparet, id falsum esse, sicut enim potest mihi testator dare auctoritatem rem huiusmodi alienandi, etiam si non relinquat eius dominium, ita id poterit in fauorem fructuarij disponere.

13 Tertiò infertur proprietatem non censeri legatam, cum vsufructu legato testator iussit vsumfructuarium finito vsufructu alicui rem restituere, cum enim hoc sit compatibile cum natura vsusfructus, quid enim vetat, vsumfructuarium finito vsufructu rem alteri restituere? non potest dici, ex hoc colligi euidentem testatoris voluntatem, quod voluerit proprietatem legare.

14 Addo, ad euitãdos inutiles circuitus testatorem disposuisse, vt per vsumfructuarium restitutio fiat, ad quid enim ab vsufructuario ad hęredē res transfertur, vt deindè ad fideicommissarium transeat, si immediatè ad fideicommissarium transferri potest per manus vsufructuarij?

Atque ita rectissimè scripserunt multi relati per Menoch. *dicta præsumpt.* 133. *num.* 7. *vers. cæterum*, vbi & ipse eam sequitur Bertaz. *consil. ciuil.* 51. *num.* 10. *vers. secundo non obstat, & num.* 11. *cum seqq.*

15 Atque ita tenendum est, licet nonnulli contrarium scripserint, quos refert Menoch. *vbi suprà*, & sequitur Card. Mantic. *dicto libr.* 9. *tit.* 5. *num.* 12. D. Fachin. *libr.* 5. *cap.* 46. Quos decepit textus *in l. final. ff. de vsufruct. earum rerum, quæ vsu consumuntur, & in l. species, ff. de aur. & arg. legato.*

16 Proponitur *in dicta l. final.* hic casus. *Pecunia relicta fuerat Titio, ita vt post mortē legatarij, ad Meuium rediret*, & sic proprietas legata fuerat, non vsu fructus, vt benè not. Castr. & est sine dubitatione, quia pecuniæ appellatione eius dominium venit, non vsusfructus: quia tamen ibi additum fuerat. *Vt vsum eius Titius haberet*, dubitabatur, proprietas, an vsusfructus legatus esset, & resoluit I.C. propriè tatem relictam censeri, etiam vsus mentione facta, redditque rationem, *quia restituenda erat pecunia Meuio per ipsummet vsufructuariū.* Hoc in casu testator primo vsus fuit verbis denotãtibus proprietatem, deindè adhibuit verba, quæ vsum pecuniæ significarent: dubitabatur an se correxisset testator, & respondet I. C. negatiuè, ratio est, quia testator postquam mentionem vsus fecit, iniunxit onus rem restituendi, quod plerumque ijs iniungi solet, quibus proprietas relicta fuit, perrarò autem illis, quibus solus vsusfructus datur, ergo euidens signum est, testatorem vsus mentione facta non recessisse à priori voluntate.

17 Itaque ex eo textu non potest colligi argumentum, onus restituendi iniunctum vsufructuario indicium esse, testatorem voluisse rem legare, etiam si vsusfructus mentionem fecerit, cum ibi onus iniunctum restituẽdi non efficiat, vt nomine vsusfructus proprietas contineatur, sed solum præstat coniecturā, testatorem in priori voluntate perseuerauisse, ad quod credendum facilè inducimur, neque enim præsumendum est, testatorem se voluisse in continenti corrigere.

18 Ad tex. *in l. species, de aur. & arg. leg.* responsio patet ex ijs, quæ scripsi in capite 24. nu. 11. lib. 4. Si tamen contrariam opinionem sequi velis declara, eam non habere locum, quoties vsusfructus restituendus esset ei, ad quem res aliàs pertinuisset, nā tunc huiusmodi substitutio nihil operabitur, text. *est in l. qui fructus, ff. de vsufr. legat. & docent* Bartholom. Bertaz. *consil. ciuil.* 4. *a nu.* 36. Laderch. *cons.* 32. *num.* 8.

19 Quartò infertur ad decisionem dubitationis, de qua respondet Alciat. *cons.* 562. *num.* 2. & 3. secundum antiquam impressionem, an scilicet, si testator vsufructuario dederit facultatem hæredem nominandi post mortem suam, proprietatem nomine vsusfructus legasse videatur.

Si enim testator voluit legatarium ad hæredes transmittere vsufructum, quem ei legauit, vel rem ipsam, clarum est, eum de vsufructu causali intellexisse, cum formalis vsusfructus morte vsufructuarij extinguatur, atque ita post Alciat. rectè docuit Menoch. *d. lib.* 4. *præsumpt.* 133. *num.* 8.

20 Si verò voluit, vsumfructuarium habere auctoritatem legandi, vel per fideicommissum relinquendi, secus esset dicendum, quia insimul hæc stare potiunt, quod quis non sit dominus rei, & tamen posse rem legare. vide textum *in §. non solum, Inst. de legat. l. ex facto, in principio, ff. ad S.C. Trebell.*

An tutor in rem propriam palàm, & bona fide possit esse auctor ad l. 1. quod dicimus, ff. de auct. tutor. *Cap. XXXV.*

Controuersi iuris est, an regula, quæ docet, tutorem in re propria auctorem esse non posse, habeat locum, cum id facit palàm, & bona fide. Alij aiunt, alij negant, quorum opinio mihi magis placet, clarè enim probatur ex *l. quod dicimus, ff. de auct. tutor.* dum ait.

1 *Quod dicimus in rem suam auctoritatem accommodare tutorem non posse, toties verum est, quoties per semetipsum, vel subiectas ei personas acquireretur ei stipulatio, cæterum negotium ei per consequentiam geri nihil prohibet.* Explicat hic I. C. ex professò quousque se extendat vis eiusmodi regulæ, & asserit, eam habere locum, *quoties tutori per semetipsum, vel subiectas ei personas acquiritur*, tunc autem cessare, quoties indirectè ei acquiritur.

Ergo sequitur, hanc regulam nisi eo fundamento, quod tutori per semetipsum acquiri nō potest, aliàs perperam Iurisconsultus dixisset, *eam toties habere locum, quoties tutori per semetipsum acquiritur.* Nam aliundè cognosci non potest, quando regula

gula aliqua habeat locum, quam ex fundamento, quo nititur.

2 Et hoc ſenſiſſe Vlpianum manifeſtè probatur ex eo, quod idem ſcripſit *in l. 1. eod. titulo*, dum reddens rationem cur tutor auctor eſſe poſſit pupillo adeunti hæreditatem ſui debitoris, ait. *Prima ratio auctoritatis ea eſt, vt hæres fiat, per conſequentias cõtigit, vt debitum ſubeat.* vide hic I.C. in id intendere, vt oſtendat per ſe tutorem eo in caſu non acquirere, ſed per conſequentias: ergo ex hoc dependet, vis regulæ, de qua agimus.

3 Idque clarius eodem loco explicatur, dum dicit I. C. *ſed ſi auctor fiat, vt filio ſuo quid tradatur, nulla erit auctoritas, euidenter enim ſua auctoritate rem acquirit,* hinc enim patet ex hac ſola ratione vim prædictæ regulæ ipſum deducere, cum ex hoc in vtroque caſu argumentum deducat.

Ergo concludendum eſt, hoc eſſe fundamentũ huius regulæ, alias magna nota dignus eſſet I. C. qui toties eandem rationem repetierit, & toties ex ea argumentatus fuerit, omiſſa vera ratione.

4 Secundò eadem opinio probatur *ex l. pupillus, §. final. ff. de auctor. tut.* dum ait. *Item ipſe tutor, & emptoris, & venditoris officio fungi non poteſt: ſed ſi contutorem habeat, cuius auctoritas ſufficit, procul dubio emere poteſt, ſed ſi mala fide emptio interceſſerit, nullius erit momenti, ideoque nec vſucapere poteſt.*

Agitur hoc loco, quando liceat tutori a pupillo emere, & concludit I. C. id fieri poſſe, ſi emat a contutore, cuius auctoritas ſufficit. Ratio redditur, quia tutor emptoris, & venditoris officio fungi non poteſt, quod eſt ipſum, quod dicebamus, per ſemetipſum tutorem ſibi acquirere non poſſe.

Ergo manifeſtum eſt, non licere tutori auctorem eſſe pupillo palàm, & bona fide contrahenti, ſine auctoritate tutoris habentis plenum ius adminiſtrandi, quia tunc tutor, & emptoris, & venditoris, ideſt acquirentis, & alienantis perſona fungeretur, & quia tunc deficeret qualitas requiſita a tex. ſcilicet, talem eſſe debere contutorem, vt eius auctoritas ſufficiat, quam omnino neceſſariam eſſe vt actus valeat, euidenter probatur ex eodem tex. in principio, dum de eadem re agens, ait. *Planè ſi plures ſint tutores, quorum vnius auctoritas ſufficiat, dicendum eſt, alio auctore pupillum ei poſſe obligari,* non enim ſemper repeteret I. C. eandem qualitatem, niſi prorſus neceſſaria eſſet.

5 Nec valet, quod dicunt aduerſarij, tutorẽ alienare tanquam tutorem, acquirere tanquam Titiũ: Quoniam, ſi vult ſibi acquirere, oportet eum, non vt tutorem, ſed vt Titium contrahere, & cum interponit auctoritatem, vtique oportet, eum id facere tutorio nomine, & ſic ſemper liceret ei fungi emptoris, & venditoris perſona, quod tamen fieri non poſſe, diſertis verbis in eo tex. dicitur, & ratio ſupra expoſita euincit, non licere ſcilicet tutori per ſemetipſum acquirere.

6 Minus valet, quod dicitur, ſuppleri omnia, cum palam, & bona fide auctoritas interponitur, quia id falſum eſſe, euincit tex. allegatus, qui clariſſimè hæc duo requirit. Primum vt adſit conſenſus contutoris, cuius auctoritas ſufficiat, & quod non mala fide factus contractus fuerit. Nec dicatur, ibi factum non fuiſſe palam; quia in propoſito palàm aduerſarij interponi auctoritatem poſtulant, vt bona fide factum dicatur, & ſic illa circunſtantia nihil aliud operatur, quam bonæ fidei præſumptionem. Ergo nõ releuat, quod non conſtet ibi palàm contractum factum fuiſſe, cum in eo contractu bona fides ſupponatur.

Accedit plurimos ex aduerſarijs docere palàm contractum dici factum, quoties contutoris auctoritas interuenit, de quibus Menoch. *de arbitr. iudic. caſ. 459. num. 9.* Ioann. Guttierez *de tutel. p. 2. c. 15. num. 6.*

7 Non obſtant fundamenta partis aduerſæ, & Primò, quod hoc in caſu ceſſet ſuſpicio, propter quam tutor prohibetur auctor eſſe in rẽ propriam, & ideò ceſſare debere prohibitionem.

Nam reſpondeo, hanc nõ eſſe cauſã prohibitionis, qđ euidẽter probatur *ex l. 1. ex l. quod dicimus, ff. de auctor. tut.* in quibus diſertè habetur, poſſe tutorem auctorem eſſe in re propria, cum per indirectum ſibi acquirit, ſi enim ſuſpicio eſſet cauſa prohibitionis, nec eo caſu, quo per indirectum acquiritur, liceret tutori auctorem eſſe, nam quid, quæſo, refert directè, an indirectè acquirere, dummodò verè ſibi tutor acquirat?

Cui reſponſioni non obſtat regula vulgata, quæ veniunt in conſequentiam, non attendi *l. ſi quis nec cauſam, ff. ſi cert. pet.* quia id non obtinet, ſi eadem ratio vigeat in vtroque caſu, vt poſt Chriſtophor. Port. *in §. cum autem 2. col. Inſt. de teſt.* docet Purpur. *in l. ſi quis nec cauſam, num. 16. verſ. limitetis, ff. ſi cert. pet.* Quod maximè in caſu noſtro dicendum eſt, quia aliàs, quod vna via prohibitum eſt, per aliam concederetur aduerſus regulam *cap. cum quid, de reg. iur. lib. 6.* eſſetque aperta via tutoribus eludendi iuris prohibitionem cum maxima auctorum iuris nota.

8 Secundò affertur tex. *in l. cum ipſe, C. de contrah. empt.* dum ait. *Cum ipſe tutor nihil ex bonis pupilli, quæ diſtrahi poſſunt, comparare palàm, & bona fide prohibetur, multò magis hoc vxor eius facere poteſt.*

Sed reſponſio facilis eſt, textum loqui præſuppoſitis terminis habilibus, vt ſcilicet venditio fiat ſeruatis ſeruandis, aliàs ſequeretur vxorem tutoris poſſe comparare res pupilli ſine debitis ſolemnitatibus, cum de illis ibi nulla mentio fiat, quod afferere ridiculum eſt. Secundò ſequeretur, vt tutor, contra quem ſpecialis prohibitio eſt *l. ſi in venditione, §. tutor, de contrah. empt.* poſſet ſine ſolemnitatibus palàm, & bona fide acquirere res immobiles a pupillo, quod tamen non licet extraneis, quibus huiuſmodi res acquirere a lege permittitur, & ſic plus concederetur tutori, in quo ſpecialis concurrit prohibitio, quam extraneo, in quo nihil tale conſtitutum eſt, & hæc reſponſio deducitur *ex* Socin. *in l. 1. §. fuit quæſitum, num. 1. in fine ff. ad S. C. Trebell.* ex Curt. iun. *conſ. 29. num. 11.*

At dices, cur in tex tu non ſit de his mentio? Reſpondeo tex. illum eſſe reſcriptum redditum mulieri, vt ex inſcriptione patet, quæ conſulebat Diocletianum, & Maximianum Impp. an liceret ſibi emere palàm, & bona fide res pupilli, cuius tutelã gerebat eius vir, & reſpondent Imperatores, poſſe; fuit autem non facta mentio ſolemnitatum, quia de hoc non erat dubitandum, ſed erat præſupponendum,

pendum, cum certum esset res pupilli immobiles sine solemnitatibus non posse alienari.

9 Tertiò affertur tex. *in l. tutor rerum 57. de administr. tutor.* vbi proponitur, quædam animalia, & alias res a tutore venditas fuisse, & cum deinde quorumdam ex dictis animalibus pretium non sol ueretur, tutor idem pretium accepto tulit pupillo, & illa animalia pęnes se retinuit. Quæritur, an liceat pupillo vindicare illa, & respondet text. negatiuè, cuius rei ratio nulla alia esse videtur, quam quòd tutor bona fide rem gessit.

Respondeo, tutorem nihil gessisse cum pupillo, sed emptore differente soluere, tutorem pretium accepto tulisse pupillo, & animalia pęnes se retinuisse, es quò manifestè sequitur, tutorem non retinere illa animalia, quia illa emerit a pupillo; Nam acceptum ferre pretium ab alio promissum, nô est emere, sed ideò retinere, quia soluit pretium, ergo tex. non pertinet ad quæstionem nostram.

Ideò autem nô potest pupillus prædicta animalia vendicare, quia licet dominium rei vendiræ nô transeat in emptorem, nisi de pretio satisfecerit, *§. per traditionem, Inst. de rer. diuis.* tamen emptore pretium offerente, venditas res non licet venditori vendicare, gloss. *in d. §. per traditionem, littera A. in fine.*

Nihil mirum ergo, si in eo casu vendicatio non permittatur pupillo, quia pretium iam receperat a tutore, quod sufficit, *Inst. per quas pers. tollit. oblig. in princ. vers. nec interest.*

10 Quartò affertur text. *in l. non existimo 55. ff. de administr. tut. & in l. 10. §. non tantum, eod. tit.* dum in his deciditur licere tutori pecuniam a pupillo accipere mutuo, si fiat palàm, & bona fide.

Respondeo, tex. in d. l. non existimo expressè loqui, quando pecuniam accepit a contutoribus, vt in princ. tex. nec vllum adest verbum, quod ipso auctore id factum fuerit, ergo non pertinet ad nostram quæstionem.

Deindè dico, ex illo textu manifestè probari cô tractum inualidum non fuisse, nam ibi proponitur eum conuenisse cum contutoribus de soluendo vsuras, quas alij soluebant, & tamen I.C. vt eum excuset a maioribus vsuris, varias affert rationes, quę vtique superfluæ essent, si contractus validus esset.

11 Qua ratione tex. *in l. 10. §. non tantum, eodem tit.* dixit, tutorem posse scribere pecuniam sibi creditam, eumque obligari scribendo sibi mutuatam fuisse pecuniam, quia scilicet eo casu mutuum non consistit, sed tamen obligatur tutor, quasi mutuo, alias si verum mutuum esset, cur repeteret tex. illius scripturæ mentionem, qua in contractu mutui non est opus? Satis fuisset dicere mutuum pecuniam accipere posse, & tamen I.C. reddendo rationem, quare obligetur tutor ait. *Seque mutua pecunia potorit obligare sibi mutuam proscribendo.*

12 Auctores opinionis quam sequimur sunt hi, Azo *in l. cum ipse, nu. 2. C. de contrah. empt.* vbi Bald. *nu. 1.* Salicet. *nu. 1. prope finem, vers. tertio casu.* Castr. *nu. 1. & 2.* Gofred. *in l. 5. num. 6. ff. de auctor. tutor.* Salic. *in l. si in emptione, nu. 6. ff. de côtrah. empt.* Lud. Rom. *in l. 1. §. fuit quæstitum, ff. ad S.C. Trebell.* vbi Imol. & Socin. *ien. num. 1.* Ial. *num. 51.* Rip. *num. 7.* Curt. iun. *cons. 29. num. 10. & 11. & in l. singularia, nu. 10. vers. profectò ff. si certum pet.* vbi Cagnol. *num. 84. & 88.* Purpur. *numer. 55. vers. & intelligatis.* Fab. de Mont. *de empt. & vend. quæst. 3. num. 6. & 7.* Caldas *ad l. si curatorem habens, vers. contractum fecisti, num. 30. & 31. C. de in integr. resti.* Paul. Montanus *de tutel. c. 30. nu. 90. & 91.* Iulius Pacius *in tractatu de empt. & vendit. num. 66.* & hanc vsu receptam fuisse testatur Ioseph. Ludouicus *in suis conclusionibus*, quod accidit in hac ciuitate Pisana, re enim optimè discussa, me patrocinante fuit secundum hanc partem iudicatum a delegatis S. C. inter quos aderat D. Philippus filius Clarissimi I. C. D. Andreæ Fachinei huius Gymnasij Professor Ordinarius Iuris ciuilis, summo omnium consensu doctissimus, & ex præstantioribus florentissimi huius Gymnasij antecessoribus.

Contrariæ partis sectatores recensent Caldas, & Montanus locis supra indicatis, nec non Ioann. Guttierez *in tract. de tutel. par. 2. cap. 15.* quam si sequaris, caueas ne existimes tutorem bona fide versatum fuisse, nisi constet diligentissimè in eo negotio versatum fuisse, & prout in rebus suis faceret, hoc enim officium tutoris expostulat *l. a tutoribus, ff. de adminiftr. tutor.* & ideò constare debet, quod ipse diligenter quæsiuerit, an vtilius cum alio contrahi potuisset, & quod adhibuerit omnes cautiones, quæ adhiberi solent. Caue etiam ne putes ex præsentia proximorum bonâ fidem præsumi, quia hoc ita demum verum erit si perfectæ ætatis sit, & si sint viri solertes, & rei, de qua agebatur, periti, si enim secus esset, eorum præsentia proculdubio bonam fidem tutoris non arguet.

Mulier an S. C. Velleiano renunciare possit. Cap. XXXVI.

1 Dissentiunt nostri, an mulier S.C. Velleiano renunciare possit. De qua re agunt DD. *in l. fin. §. fin. ff. ad Vellcian. in l. mulier 21. C. eod. tit.* Conan. *lib. 6. cap. 8. num. 9.* Ant. de Padilla *in l. final. num. 9. & 10. C. de iur. & fact. ignor.* Ant. Ering. *de fideiuss. cap. 6. a num. 466.* D. Fachin. *lib. 5. cont. cap. 60.* Seraphin. *de priuil. iur. priuileg. 99.*

2 Ego eos sequor, qui negant mulierem S.C. posse renuntiare, motus quia id esset contra mentem amplissimi ordinis, qui voluit plenissimè mulierum fragilitati consulere, cum intercedunt pro aliquo, teste I. C. *in l. 2. ff. ad S. C. Velleian.* si enim liceret mulieri renuntiare huic beneficio, parum eis prodesset S. C.

Quandoquidem eadem fragilitate, qua mulier inducitur ad fideiubendû, inducitur etiam ad renunciandum S.C. & ideò dum ei renuntiat ex consequentia suæ fragilitatis læditur, vt in simili de ea muliere, quæ post primam intercessionem rursus se obligat, inquit Iustin. *in l. si mulier 21. C. ad S.C. Velleian.* cuius verba hæc sunt. *Si quidem intra biennale tempus post priorem cautionem numerandum pro eadem causa fecerit cautionem, vel pignus, vel intercessorem dederit, nihil sibi præiudicare, quod adhuc ex consequentia suæ fragilitatis in secundam iacturam inciderit.*

3 Huius autē rei ratio est euidens, quia mulier prę sumitur ignorare dispositionē S. C. vt probat tex. *in l. si*

in l. ſi decipiendi, ff. ad S.C. Velleian. & docent multi relati ab Ant. Ering. *in tract. de fideiuſſ. c. 7. nu. 473.* Io. Bologn. *in l. ſciendum, nu. 182. in fine*, & ibi Alex. *num. 29. ff. de verb. oblig.* iuris enim ignoratio in muliere præſumitur, vt conſtat ex relatis per Menoch. *lib. 6. præſumpt. 23. num. 17. & 19.* Rota *deciſ. 638. num. 9. par. 1. in recentioribus*. & ideò dū deliberat intercedere, putat, ſe ex ſua obligatione efficaciter conueniri poſſe, quod tamen eā non retardat a fideiuſſione, nam pro comperto habet debitorem ſatisfacturum eſſe ſuæ obligationi.

4 Itaque dum iudex notum ei facit S.C. & quærit ab ea, an velit eius diſpoſitioni renunciare vt efficaciter obligetur, abſque vlla hæſitatione reſpondebit affirmatiuè, quia iam conſtituerat ſe efficaciter obligare, confidens debitorem ſuæ ſatisfacturum eſſe obligationi, hæc enim ſpes non imminuitur, ex eo quod detegitur illi diſpoſitio S. C. Velleiani, mulier enim præſtitit fidem verbis debitoris, aſſerentis ſe habere vnde debitum, cum tempus venierit, ſoluat, & ideò tunc militat fragilitatis ratio, quæ ampliſſimum ordinem mouit, & per conſequens eius diſpoſitio hunc caſum omninò cōtinebit, & hoc eſt ſolidiſſimum huius opinionis fundamentum.

5 Aduerſus quam fruſtra adducitur tex. *in l. fin. §. fin. ff. ad S. C. Velleian.* quia ibi ceſſat fragilitas mulieris, quæ cum videat debitorem principalem eſſe moroſum, & rem ad iudicem deductam fuiſſe, dum cauet ſe non eſſe vſuram S.C. id facit, non ex fragilitate, ſed ex deliberata voluntate alienam cauſam tuendi. Audi I. C. *Si mulier pro eo, pro quo interceſſit iudicium parata ſit accipere, vt non in veterem debitorem actio detur: quoniam exceptionem S. C. opponere poteſt, cauere debebit exceptione ſe non vſuram, & ſic ad iudicem ire.*

Ergo hæc res non eſt trahenda ad quæſtionem noſtram, nam vbi mulier deliberato conſilio, non ex fragilitate intercedit, S. C. ceſſat, teſte I.C. *in l. 4. ad S.C. Velleian.*

6 Secundò contra eandem ſententiam adfertur text. *in Auth. matri & auiæ, C. quando mulier tut. off. fungi poſſ.* vbi diſertè habetur mulierem ſuſcipientem tutelam S. C. renunciare debere.

Nihil eſt, nam cum decernitur tutela auiæ, & matri, id fit ad commodum, & vtilitatem pupilli, & ideò fuit neceſsè dare eis auctoritatem renunciandi S. C. quia ſæpè accidit opus eſſe, vt tutor pro pupillo fideiubat, quam rationem aſſignauit Azo *in Summa d. tit.* & probauerunt cōpilatores legum Hiſpaniæ, teſte Io. Guttier. *de tutel. part. 1. cap. 8. in fine.*

7 At dices, ſi Iuſtinianus mulieres prætulit tutoribus legitimis, & datiuis, cum de tutela filij, vel nepotis agitur, ergo non ſolum eas idoneas eſſe exiſtimauit ad gerendam tutelam, ſed valdè idoneas eas eſſe putauit, alias eas non prætuliſſet tutoribus legitimis, & datiuis, ergo etiam putauit eas eſſe idoneas ad cognoſcendum, quando expediat pro alio intercedere, igitur menti Iuſtiniani congruit, vt mulier, quæ renunciauit S.C. Velleiano non habeat eius beneficium, cum tunc renunciando oſtendat ſe non egere exceptione S. C. remque maturè perpendiſſe.

8 Reſpondeo ex hoc argumento probari, plurimum confidere Iuſtinianum prudentię mulierum, & ideò poſſet diſputandò deffendi Iuſtinianum declaraſſe non eſſe adeò fragiles fœminas, vt non poſſint intelligere, quando expediat fideiubere; ſi enim eas idoneas exiſtimauit ad gerendam tutelā nepotis, vel filij, vtique multò magis eas eſſe idoneas ad hoc cognoſcendum, putauit; cum longè maior prudentia exigatur in adminiſtranda tutela, quam in cognoſcendo, an expediat fideiubere, & per conſequens declarauit, mulieres ex deliberato conſilio fideiubere, cum alienæ accedunt obligationi, ex quo manifeſtè ſequitur, ceſſare hodie S. C. illi enim non eſt locus, niſi quando mulier propter fragilitatem interceſſit l. 4. ad S.C. Velleian.

9 Iſtud tamen nobis non obſtat, quia dum quærimus an S.C. renunciari poſſit, ſupponimus illi locum eſſe, & ideò ſupponimus, mulierem, non ex deliberato conſilio, ſed ex fragilitate, alienæ obligationi acceſſiſſe, & deindè quærimus, ſi iſta mulier renunciauerit huic exceptioni, an amplius ea vti poſſit; & ideò argumentum, quod contra ſuppoſitum venit, nihili faciendum eſt.

10 Tertium argumentum deducitur *ex l. pen. ff. ad S.C. Velleian.* dum declarat mulieri licere non vti exceptione S. C. Velleiani, ergo etiam licebit ei renunciare.

Reſpondeo magnam eſſe differentiam inter mulierem, quæ renunciat S. C. & eam, quæ non vtitur eius auxilio, quia renunciatio efficit, vt mulier, ſi præter opinionem læſa fuerit, non poſſit confugere ad S. C. Si enim renunciatio tenet, perpetuò, eam excludit a beneficio S.C. quod non contingit, dum mulier non vtitur beneficio ipſius, quia ſi prę ter opinionem aliquid contigerit, proponendo exceptionem, ſe a damno liberat. Secundò differunt, quia nos agimus de renunciatione, quæ fit tempore interceſſionis, & quando mulier non videt debitorem eſſe moroſum, & ideò renunciatio fit eo tempore, quo mulier decipi poteſt, quando verò mulier non vtitur S.C. exceptione, ſupponendum eſt litem motam fuiſſe, & veniſſe tempus, quo mulier cognoſcit periculum imminens; nil mirum ergo, ſi tunc cum ipſa non vtitur exceptione, condemnari poſſit, quia non proponendo eam oſtendit, ſe non fuiſſe deceptam, ſed deliberato conſilio alienam ſuſcepiſſe obligationem.

11 Poſtremò adducitur tex. *in l. ſi mulier 22. C. ad S. C. Vell.* dum ait ſecundam interceſſionem factam poſt duos annos a die primæ promiſſionis tollere beneficium S.C. ergo idem eſt dicendum in renunciatione, quæ ſecundæ promiſſioni equipollere videtur.

Hihil eſt, nam reſponſionem ſuppeditat tex. dū ait. *Sin autem poſt biennium hæc fecerit, ſibi imputet, ſi quod ſæpius cogitare poterat, & euitare, non fecit, ſed vltrò firmauit. Videtur enim ex huiuſmodi tēporis prolixitate non pro aliena obligatione ſe obligare, ſed pro ſua cauſa aliquid agere.* Dū enim Imp. ait, *ſi quod ſæpius cogitare poterat, & euitare*, oſtendit non ex ſecunda promiſſione ſe ſolum moueri, ſed ex lapſu temporis, cum enim viderit mulier, tot menſium ſpatio debitorem ſuæ non ſatisfacere obligationi, cogitare poteſt periculum eſſe, ne ipſa cogatur ſoluere,

uere, & ideò si ante d. tempus rursus se obligauerit, Iustin. ait mulierem ex consequentia suæ fragilitatis lædi, ergo hæc res non aduerlatur nostræ opinioni, immò prodest, sicut enim secunda promissio non nocet, quando ante biennium eam fecit, quia ex consequentia suæ fragilitatis promittere intelligitur: ita renunciatio non debet ei nocere, quia in consequentiam suæ fragilitatis venit, vt supra ostendi, quemadmodum enim ea fragilitate profecta videtur secunda promissio, nisi prædictũ tempus elapsum fuerit, quia adhuc mora debitoris non fuit ei plenè cognita. Ita renunciatio in consequentiam suæ fragilitatis venisse dicitur, nisi prædictum tempus elapsum fuerit, vtroque enim casu eadem militat ratio, facilitas nempè mulieris in credendo debitori contẽdenti, se habere vnde debitum soluat, seque effecturum esse, ne vllum incommodum ex fideiussione sentiat.

Maritum fructus rei pignorata suos facere, cum dotir solutio differtur, qua ratione fuerit constitutum, & quando habeat locum, ad explicationem cap. salubriter, de vsur. *Cap. XXXVII.*

1 EXtat in Decretalibus Gregorij IX. tex. in tit. de vsur. in quo expresſè deciditur, maritum, cui socer in pignus fundum dedit, fructus suos facere, quousque distulerit dotem soluere, cuius verba hæc sunt.

Salubriter, & infra. Sanè generum ad fructus possessionum, quæ sibi a socero sunt pro numerata dote pignori obligatæ, computandos in sortem non credimus compellendum: Cum frequenter dotis fructus, non sufficiant ad onera matrimonij supportanda.

Cuius decisionis rationem intelligere perutile erit, ex ea enim facile intelligetur, quando huic textui locus sit, & quemadmodum iudex in hac re, cũ occasio contigerit, debeat versari. Hoc autem clarè, & solidè exponere perdifficile est, cum variæ admodum sint, & contrariæ sententiæ circa hanc rem, non modò Iurisperitorum, sed & Theologorum, qui de eadem re tractare solent.

2 Prima opinio est eorum, qui speciali fauore dotis constitutum fuisse aiunt, vt maritus suos faciat fructus aduersus regulam *c. 1. & 2. eod. tit. de vsur. l. 1. & 2. C. de act. pignor.* dotis enim causa semper & vbique præcipua est *l. 1. ff. solut. matr.* cuius sententiæ auctores recenset Petrus Barbos. *ad l. 5. n. 1. prope finem ff. sol. matrim.*

Hæc sententia communiter reijcitur, & iure meritò; quia vsura intrinsecè mala est, & crimen, & ideò iure Diuino, naturali, & Canonico prohibita est, vt *in c. 4. in c. quia in omnibus, c. consuluit, de vsur. Clementin. vnica, de vsur. §. sanè,* & eaponit D. Thom. 2. 2. *q. 88. art. 1.* & ibi eius interpretes, & potissimum Michael Salon *controuersia prima.* Valentia *tom. 3. comment. Theolog. disput. 5. q.* 21. *punct. 1. §. 2.* & Abb. Vilagut. *de vsur. a q. 3. vsque ad quæst.* 10. Et ideò non potest causa dotis etiam si valde fauorabilis sit, reddere vsuram licitam, quod optime probat tex. *in c. 4. de vsur.* vbi Summus Põtifex volens ostendere, nec pro redemptione captiuorum vsuram esse permissam, ait. *Respõdemus, quod cum vsuram vtriusque textur pagina detestetur, super hoc dispensationem aliquam posse fieri non videmur, quia cum scriptura sacra prohibeat pro alterius vita mentiri: multò magis prohibendus est quis, ne etiã pro redimenda vita captiui vsurarum crimine inuolua-*
3 *tur.* Præterea animaduertere debemus Summum Pontificem in hac re, veluti non explorata, versari, vt indicant illa verba, *non credimus compellendum.* Propterea ipse, non esse satis existimans rẽ decidere, voluit etiam causam exponere, cur eam prędicto modo terminauerit, & ideò statim rationem proponit suæ decisionis, dicendo, *Cum frequenter dotis fructus non sufficiant ad onera matrimonij supportanda,* quis ergo credat eum hanc rationem attulisse nulla facta mentione priuilegij dotis, si motus fuisset, non ex ratione prædicta, sed ex dotis priuilegio?

4 Insuper Summus Pontifex non edidit constitutionem de hac re, sed casum particularem decidendo, verba prædicta scripsit, ergo secundum iuris veteris sanctiones loquitur, quia aliàs iniustè socero, ad quem secundum veteris iuris dispositionem pertinebant fructus abstulisset; ergo Summus Pontifex dum fructus genero concedit, non mouetur ex aliquo priuilegio dotis, sed ex iuris ratione, quia si lex aliqua lata fuisset, hoc priuilegium dotis tribuens, casum hunc decidendo, non fuisset vsus illis verbis, *Non credimus esse compellendum.* Ea bis enim colligitur eum de hac re loqui veluti de re nõ explorata, nec probabili dubitatione carente, & per consequens de re per leges veteres nominatim non decisa.

5 Secunda opinio docet decisionem huius textus dependere ex damno emergenti mariti, qui onera matrimonij sustinuit, & ex lucro cessante, quia, si dos tradita fuisset, ex ea aliquid lucratus fuisset, quam opinionem, & verissimam, & receptiorem profitetur Couar. *lib. 3. var. c. 1. num. 3.* eandem sequuntur Cagnol. *in l. curabit, nu. 44. C. de act. empt. & vendit.* Plot. *de in litem iurando, §. 11. num.* 21. & Cassaneus *ad cõsuetud. Burgund. Rubr. Des Protz & apparten. §. 23. num. 3. & 5.*

6 Aduersus hanc opinionẽ vrget, quod Summus Pontifex facit mentionem de oneribus matrimonij, de lucro verò cessante non meminit, quod non erat prætermittendum, si eius decisio ex lucro cessante quoque dependisset, tum propter materiæ qualitatem, quæ periculo plena est, cum etiam, ne daret occasionem errandi, dum enim homines vident Summum Pontificem de oneribus solum mẽtionem facere, iure credunt eorum causa fructus concedi marito, nec rationem haberi lucri cessãtis.

Insuper lucri cessantis ratio, vt habeatur, multa necessaria sunt pręcipuè, quòd adfuerit occasio lucrãdi. Secũdò quòd maritus huiusmodi occasionẽ non fuisset prætermissurus, aliqui enim pecuniam in dotem acceptam in arca retinent, alij æs alienũ ex ea dissoluunt, alij in res voluptuosas impendũt, ergo Summus Pontifex non indistinctè fructus marito concessisset, sed si modò eæ conditiones extitissent, sine quibus lucri cessantis ratio nõ habetur. vide Menoch. *de arb. iud. cas.* 119. Mich. Salon *de iust. & iur. to. 2. q. 78. art. 2. contr. 9.* vbi latissimè hoc eaplicat. Seraph. *decis.* 186. 714. 721. 1240. 1275.

Tertia

7 Tertia ſententia eſt, & veriſſima Summum Pontificem onerum matrimonij rationem ſolum habuiſſe, & propterea ſola fructus marito dediſſe, cuius ſententiæ auctores retulit Couar. *lib. 3. c. 1. nu. 3. verſ. ex his verò quidam.* idem ſcripſerunt Sotus *de iuſt. & iur. lib. 6. q. 1. art. 2. verſ. igitur.* Nauar. *de vſur. num. 65.* Mich. Salon *de iuſt. & iur. tom. 2. q. 78. art. 2. controuerſ. 14. num. 2. verſ. quarta expoſitio eſt,* vbi teſtatur omnes interpretes recentiores D. Thomæ eam ſequi Petrus Barboſ. *in l. 5. nu. 1. in fine, & num. 2. ff. ſolut. matrim.* Lupus *de vſur. comment. 1. §. 4. nu. 79.* Vrſill. ad Affict. *deciſ. 284. num. 1. & 2.* Raudenſ. *conſ. 39. nu. 13. lib. 1.* Surd. *de alim. tit. 1. q. 42. nu. 8. & conſ. 269. n. 26. lib. 2.*

8 Probatur hæc ſententia ex ipſomet text. in quo nulla alia ratio redditur, quam quia maritus onera matrimonij ſuſtinuerit, ergo hanc ſolam Summus Pontifex conſiderauit, non aliam, quia aliàs defectiuus fuiſſet, & in re adeò periculoſa, & frequenti anſam præbuiſſet errandi; quis enim exiſtimare poterit eum motum fuiſſe ex alia cauſa, ſi eius non meminit? nemo vtique qui ſciat morem fuiſſe Summorum Pontificum, cum caſum aliquem dubium ſibi propoſitum decidebant, ſuæ opinionis rationes exponere, vt ex Decretalium libris conſtat.

Hæc ergo eſt germana ratio huius textus, ſed exponere quemadmodum ſufficiens fuerit, vt maritus ſuos fructus faceret, hoc opus, hic labor eſt. Hac in re variæ extant opiniones, quas refert, & examinat diligenter Mich. Salon loco ſuprà allegato qui cæterorum expoſitionibus optimè reiectis, defendit opinionem Nauarri *de vſur. num. 65.* is autem inquit, dotem dari marito ad ſuſtinenda onera matrimonij, ergo eius natura eſt deſeruire oneribus matrimonij, itaque cum loco dotis datur pignus, ea intentione datur, vt vices gerat dotis, ergo datur, vt ex eo maritus ſuſtineat onera matrimonij, aliàs loco dotis non daretur, & fruſtra maritus pignus acciperet, ergo facit fructus pignoris ſuos, quia ea intentione datum cenſetur, vt ex eo maritus oneribus matrimonij ſatisfaciat.

9 Hæc ſententia ſpecioſa eſt, ſed, ni fallor, continet manifeſtam fallaciam; verum enim eſt, dotem plerumque dari ad ſuſtinenda onera matrimonij, ſed eius natura non eſt, vt maritus ea vtatur, & ſors ſalua remaneat, hoc enim pendet ex qualitate rei in dotem datæ, namque ſi maritus in ſpecie *d. cap. ſalubriter,* dotem promiſſam habuiſſet, eaque vſus fuiſſet ad ſuſtinenda onera matrimonij, quantitas dotis fuiſſet diminuta, quia conſiſtebat in pecunia, quæ vſu conſumitur; quomodo ergo admittit Summus Pontifex, maritum fructibus fundi vti, & dotem non diminui? hoc eſt illud, quod vrget Couar. & quod explicatione indiget; videamus nos, an id aſſequi valeamus.

10 Maritus, qui, ante quàm ſponſalia contrahat, conuenit de dote, vxorem ducit propter dotem, ſine dote eam non ducturus, itaque dum eam ducendo ſe ſubijcit oneribus matrimonij, id facit propter dotem, aliàs non facturus, & ideò I.C. *in l. ex promiſſione, ff. de act. & obligat.* ait. *Ex promiſſione dotis non videtur lucratiua cauſa, ſed quodammodo creditor, aut emptor intelligitur,* cui conſentit tex. *in l. ſicut, §. ſed ſi permiſerit, ff. quibus mod. pign. vel hypot. ſoluat.* dum ait, *quod ſi in dotem dederit, vendidiſſe in hoc quoque videtur propter onera matrimonij.*

Cum ergo dos non ſoluitur eo tempore, quò cōuentum fuit, iure maritus dicit promiſſori dotis, ego culpa tua ſuſtinui onera, quæ non ſuſtinuiſſem, quia niſi crediditſem te dotem eſſe ſoluturum, ego vxorem hanc mulierem non duxiſſem, reſarcias ergo damnum, quod culpa tua ſentio, id ſcilicet quod expendi ex meo patrimonio in tuenda vxore.

11 At dices; promiſſor dotis poterit marito reſpondere dicēdo, Si pecuniam dotis nomine promiſſam numerauiſſem, nullum lucrum ex ea percepiſſes, quia nulla fuit occaſio emendi rem frugiferam, vel merces, ergo tua non intereſt pecuniam non fuiſſe tibi traditam, eodem enim modo ex patrimonio tuo onera matrimonij ſuſtinuiſſes, ſi enim dote vſus fuiſſes, diminuta fuiſſet eius quantitas, & per conſequens ex patrimonio tēpore reſtitutionis dotis id, quod excerpſeras, reſtituere tenebaris.

12 Vt hæc oppoſitio, ex qua vniuerſa hæc diſputatio depēdet, clarè, & ſolidè diſſoluatur, animaduertendum eſt, duos caſus hic eſſe conſiderandos. Primus eſt, cum maritus onera matrimonij ſubiturus erat, etiam ſi ſibi dos non fuiſſet promiſſa, quod accidit, cum declarauit ſe de dote non eſſe ſollicitū. Secundus caſus eſt, cum maritus vxorem non erat ducturus, niſi ſibi fuiſſet promiſſa dos eo modo, quo fuit promiſſa, quod vt plurimum accidit, quo in caſu verum eſt eum non fuiſſe ſubiturum onera matrimonij, niſi dotem ſibi traditam iri crediſſet eo modo, quo conuenit, quia in vxorem mulierem illam non duxiſſet, niſi crediſſet conuentionem obſeruatam iri.

13 Cum in primo caſu verſamur, oppoſitio vrget, quia maritus ſubiturus erat onera, etiamſi dotem non promiſiſſet ſocer, & per conſequens non poteſt dicere, culpa promiſſoris dotis onera ſe ſubijſſe, quæ alias non erat ſubiturus, & ideò ſi traditio fuerit retardata, non poteſt aliquid petere, quia onera ſuſtinuerit; ſed ea ſola de cauſa ei conquæri licebit, quod ſi dos tradita fuiſſet, potuiſſet ex eius fructibus onera ſuſtinere, & patrimonio ſuo parcere: ſed de hac facti ſpecie non agit Summus Pontifex, quia gener, de quo tractat, adeò ſollicitus fuit de dote, vt voluerit poſſeſſiones quaſdam pignoris loco ſibi a ſocero tradi.

14 Cum verò in ſecundo caſu verſamur, in quo maritus onera non erat ſubiturus niſi crediſſet conuentionem obſeruatam iri, tunc non quæritur, an maritus potuerit ex fructibus dotis ea ſubire, ſed an culpa promiſſoris è ſuo patrimonio aliquid impenderit, quod non erat impenſurus, itaque cum ille vxorem non eſſet ducturus, niſi dote tradita, ſequitur, eum culpa promiſſoris dotis alimenta vxori præſtitiſſe, quæ alias non erat præſtaturus, quia eā in vxorem non duxiſſet, niſi crediſſet, ſocerum traditurum eſſe dotem.

Oppoſitio ergo prædicta ſupponit, maritū fuiſſe ſubiturum onera, etiam ſi crediſſet conditionem obſeruandam nō eſſe, quod falſum eſt in ea ſpetie, de qua agit Summus Pontifex.

15 Et ex his ſequitur, non ſubſiſtere quod ſcribit Barboſ. *in l. 5. num. 1. in fine, & num. 2. ff. ſol. matr.* dum putat in caſu, de quo agimus, ſubintelligi pa-

ctum

ctum inter socerum, & generum lucrandi fructus pignoris, quia istud pactum non est necessarium, vbi culpa soceri gener subijt onera, quæ aliàs non erat subiturus, nec est satis, cum vir onera erat subiturus, etiamsi credidisset socerum fidem non esse obseruaturum, nisi quatenus ex dote lucratus fuisset, si eam habuisset.

16 Sed prædictis aduersari videtur, quod Summus Pontifex, dum ait, *Cum frequenter dotis fructus non sufficiant ad onera matrimonij supportanda*, considerat dotem veluti fructiferam, ergo eam considerat, quatenus a marito in emptionem rei fructum reddentis, conuersa fuisset, eo enim in casu dos in quãtitate consistebat, vt in initio textus clarè dicitur, ergo onera non considerantur per se a Summo Põtifice, sed quatenus maritus potuit illa sustinere ex dote.

17 Respondeo, dum Summus Pontifex propter onera concedit fructus marito, quis poterat eum redarguere, dicendo, si propter onera maritus suos facit fructus, ergo eos habebit quatenus respondẽt oneribus, ergo malè ei vniuersos fructus rei pignoratæ tribuis: hanc obiectionem Pontifex sentiens, vt ei respondeat, ait, dotis fructus frequenter non esse satis ad onera matrimonij, & per consequens, nec fructus rei pignori datæ, de qua ibi agebatur, ad onera prædicta satis erant, quia dotis quantitatem pignoris valor non excedebat; (aliàs perperã Summus Pontifex a fructibus dotis ad fructus rei pignoratæ argumentatus fuisset.) Itaque dotem vt fructiferam considerat, non quia necessarium sit vt dos fructum reddat, vt sit locus eius decisioni, sed vt ostendat, se non tribuere marito plus, quam ei debeatur, dum ei vniuersos pignoris fructus concedit.

18 Tribuit ergo Summus Pontifex marito vniuersos fructus pignoris, quia valor eius non excedebat quantitatem dotis promissæ, ergo si plus valeret, & plus redderet, quàm impenderet maritus, licebit promissori dotis repetere id quod superest, quod rectissimè scripserunt Alex. *cons.* 178. *num.* 11.*lib.*7. Couar. *lib.3.var.cap.*1.*num.3.vers. tertiò probatur.* Gabr.*cons.*146.*num.*6.*in* 2. Lupus *de vsur. comment.* 1.§.4.*num.*75. & alij multi ab his relati.

19 Itaque cauendum est ab Alphonso Villagut *in tract. de vsur. q.* 22. *concl.* 12. qui contrarium scripsit. idem sentit Michael Salon *loco suprà aduotato, num.3.vers. sed hæc ratio, & num.5.vers. apponunt*, qui incautè nimis ait, sic se habere vsum omnium nationum: nam ex intentione omnium ferè Doctorum, qui de hac re tractarunt, manifestè contraria opinio probatur, nam illi, qui docent decisionem textus, de quo agimus non deduci solum ex oneribus matrimonij, sed etiam ex lucro cessante, etiam si Summus Pontifex de eo non meminerit, non alia ratione mouentur, quam ex eo, quod non putarunt satis esse onera matrimonij, vt maritus eos facere suos potuerit; si enim hoc credidissent, cur ad lucrum cessans confugissent?

20 Illi verò, qui docent Summum Pontificem propter onera motum fuisse, nec lucri rationem habuisse, idem clarissimè sentiunt, dum varijs modis ostendere student, onera satis esse vt fructus sint mariti; si enim ppter ea maritus lucratur fructus, ergo eos lucratur quatenus expendit nec vltra: limitata enim causa limitatum producit effectum.

21 Eandẽ sententiam disertè probat Summus Pontifex, dum ait, *cum frequenter dotis fructus non sufficiant ad onera matrimonij supportanda*, ad quid enim de dotis fructibus agit, cum dos, de qua tractat cõsisteret in pecunia, nisi vt rationem reddat, cur vniuersos fructus marito concedat? atque ita sentiendum, & iudicandum est.

22 Quod si pignoris fructus non fuerint satis ad onera sustinenda, ne contractus claudicet, licebit ei id, quod deest, petere, & insuper agere ratione lucri cessantis, si probauerit propter moram soceri lucrum aliquod amisisse, quod rectissimè scripserũt Vrsill. ad Afflict. *decis.* 284. *num.*2. Raud. *consil.*39. *num.* 13. *lib.*1.

Et ex his intelligimus, an idem sit dicendũ, cum a consuetudine, vel a statuto determinatum fuit id, quod marito solui debet ratione moræ in solutione dotis commissæ; si enim in compensationem onerum, vel lucri cessantis aliquid annuum marito datur, poterit debitor dotis, probando concludenter, quid maritus expenderit in alenda vxore, & quid eius intersit ratione lucri cessantis, obtinere, vt nõ condemnetur, nisi quatenus verè mariti interest, dotem non fuisse solutam: statutum enim, quando ratione interesse tribuit marito aliquid, supponit, re vera eius interesse, dotem non fuisse solutam, & ideò non vult ei dari, nisi quatenus eius interest, quod indubitatum erit, cum per pactum quid annuum fuit marito constitutum, si promissor dotis eam non tradiderit, pactum enim hanc metam excedens vsuram continet, vt in cap. seq. num. 4.

23 At dices, cur ergo statutum determinauit quantitatem quæ marito soluẽda erat, si minus ei quandoque soluere licebat? Respõdeo id quod interest, non in iure sed in facto cõsistere, *l. quatenus, de reg. iur.* & ideò dubiæ valdè solẽt esse lites super eo, qđ interest; ad tollendas ergo lites, quod maximè in materia dotium necessarium est, rectissimè facta fuit lex, quæ secundum id, quod communiter accidit, declarat quid mariti intersit, *iuxta l. nam ad ea, ff. de legibus*, quæ propterea non debet impedire, quin liceat promissori dotis probare id, quod mariti interfuit, dotem non fuisse solutam; mens enim legis est damnum mariti compensare, & ex hac ratione sequitur, huiusmodi legi non esse locus, si mulier industria propria aliquid lucrata fuerit, ex quo maritus eam aluerit, vel si aliquis gratis alimenta vxori præstiterit.

24 Si verò statutum promissorem dotis aliquid marito dare iubeat in pœnam moræ, quod licere non est dubitandũ, quò libentius homines nubant, tunc non licebit minus soluere ex eo, quòd maritus minus impenderit, quia aliud est petere aliquid ratione pœnæ, vel ratione interesse. Primo enim casu licet id exigere, etiam si excedat interesse. Secundo vero non. vide Rot. Roman. *decis.* 473. *part.*1. *diuers. in nouissimis.*

25 Nota autem Summum Pontificem non distinguere de oneribus matrimonij, vt intelligamus omnium onerum eius haberi rationem, etiam si modũ suæ conditioni conuenientem maritus excesserit, dummodo bona fide impenderit, hoc est quod nõ

M expen-

expenderit, quia ſciebat ſibi actionem competere aduerſus promiſſorem dotis, quia & tunc verum eſt eum hæc onera culpa promiſſoris dotis ſubijſſe, quod ſine dubio erit recipiendum, ſi promiſſor dotis ex ante acta vita mariti poterat conijcere, eum in ſumptibus modum eſſe exceſſurum, ſe enim ſua culpa in hoc diſcrimen coniecit. Debet tamen haberi ratio eius, quod maritus expendiſſet, ſi vxorem non habuiſſet, interdum enim accidit marito eſſe opus famulam alere, quæ curā domus habeat, quod onus ſi ceſſauerit ducta vxore, debebit eius ratio haberi in æſtimandis expenſis factis a marito in ea alenda.

26 Cum ergo fundamentum huius deciſionis poſitum ſit in oneribus matrimonij, ſequitur eam ceſſare ſtatim, ac mortua eſt vxor, quia per eius obitū matrimonium expirauit, quo ſublato matrimonij onere conſiderari non poſſunt, quia ſublato principali acceſſorium non poteſt ſubſiſtere *l. 1. de vſufru.* atque ita rectiſſimè ſcribit D. Stefanus Gratianus *Diſceptat. Forenſ. par. 3. cap. 427.* vbi allegat Io. de Anania *in d. c. ſalubriter, col. penult. ad medium verſ. ex prædictis.* Ruinum *conſ. 162. num. 3. lib. 5.* Palat. *in cap. per veſtras, not. 6. §. n. 4.* & teſtatur ſic ſenſiſſe Ampliſſimam Rotam Romanam non ſemel, atque iterum, & ſubdit rectiſſimè hoc procedere etiam ſi extent liberi ex vxore prædefuncta ſuſcepti, pro qua ampliatione multa adducit accuratè, addò tex. *in l. vnica, §. taceat, C. de rei vxor. act.* dum ait tractans de retentione dotis vxore defuncta, *Sileat ob liberos retentio, cum ipſe naturalis ſtimulus parentes ad liberorum ſuorum educationem hortetur.* Cauēdum eſt ergo a Cumia *ſuper ritibus Mag. Curiæ cap. 94. num. 22. &* Cardinal. Tuſco *tom. 2. in verbo dotis fructibus, concluſ. 742. nu. 111. 112. & 118.* qui contrarium ſcribunt.

De eadem re, quando ſcilicet ſit locus c. ſalubriter, de vſur. *Cap. XXXVIII.*

1 EXplicauimus in antecedenti capite rationem eius, quòd habetur *in cap. ſalubriter, de vſuris*, nonnullæ modò dubitationes ſe ſe offerunt, quæ neceſſariò explicari debent, vt quilibet intelligere poſſit, quando eius diſpoſitio habeat locum; videlicet, an eius diſpoſitio habeat locum in quocūque dotis promiſſore. Secundò, an habeat locum ad fauorem hæredum mariti. Tertiò, an poſſit fieri pactū de eo, quod promiſſor dotis ſoluere debeat, ſi moroſus fuerit. Quartò, an habeat locum ex maritus conceſſit dilationem. Quintò, quid ſi dotis ſolutio fuerit remiſſa arbitrio tertij, vel voluntati mariti. Sextò, an fructus pignoris ſint mariti, ſi eandem rem promiſſori dotis tradiderit in pignus alia de cauſa. Septimò, quid ſit dicendum, cum maritus diues eſt. Octauò, an competat marito, qui ceſſit creditum dotis alteri. Nonò, quid ſi delegauit. Decimò, an hoc beneficium alteri cedi poſſit. Vndecimò, quid ſi maritus per pactum promiſit alere vxorem. Duodecimò, quid ſi maritus per nouationem obligationem ex cauſa dotis in aliam obligationem tranſtulerit. Decimotertiò, quid ſi dos fuit promiſſa vxori. Decimoquartò, an idem ſit reſpectu augumenti dotis. Decimoquintò, quid ſi promiſſor dotis dederit in pignus rem ſibi pignori ab alio datam.

2 Quò ad primam, Fortunius *de vlt. fine iuris, illatione 6.* exiſtimauit, diſpoſitionem noſtri textus ſpeciali ratione procedere inter ſocerum, & generū, & ideò ad alios non eſſe trahendam, cuius ſententiæ fundamenta proponit Couar. *lib. 1. var. c. 3. ad finem verſ. cæterum plura, quæ opinio communiter reijcitur, teſte* Salon. *de iuſt. & iur. q. 88. art. 2. controuerſ. 14. num. 2. verſ. ſed hæc explicatio, & num. 4. verſ. primo contra Fortunium.* Surd. *de alimen. tit. 1. q. 42. num. 30.* & iure merito, quia ratio, quam adfert Summus Pōtifex pertinet ad quemcumque dotis promiſſorem, vt expoſui in antecedenti capite; ideò Summus Pontifex, licet de ſocero & genero loqueretur, quia caſus ei ad decidendum propoſitus de his agebat, nihil tamen ait, ex quo vel minima coniectura colligi poſſit, id ſpeciale eſſe in eo caſu propter perſonas, ſed rationem generalem adfert, quæ ad omnem maritum, & ad omnē dotis promiſſorem ſpectare poteſt, & hanc ſententiam etiam ſequitur D. Gratianus *lib. 1. diſceptat. 143. a num. 2.*

3 Secundò dubitatur, an ad fauorem hæredum mariti habeat locum hæc diſpoſitio, quod negant Ioan. Andr. Hoſt. & Abb. *in huius textus explicatione,* & alij de quibus Surd. *conſ. 269. a num. 27. lib. 2.* Gabr. *lib. 1. conſ. 151. n. 4. in fine, & n. 5. & 7.* quorum ſententia veriſſima eſt ratione fructuum pertinentium ad tempus, quod fluxit a die mortis mariti, quia tunc ceſſat mora ex parte promiſſoris dotis, cum venerit tempus, quo dos peti amplius non poteſt, & quia tunc ceſſat damnum ex parte hæredum, qui non tenentur alere viduam, & ideò dicebat Salon *loco ſuprà adnotato, verſic. ſequitur,* quod ſi hæredes tenerentur ſubire onera matrimonij, tunc ſecus eſſet, quod mihi non videtur verum. Aut enim hæredes alere eā tenētur ex diſpoſitione teſtatoris, aut ex diſpoſitione ſtatuti; ſi ex diſpoſitione teſtatoris, tunc ridiculum eſſet dicere, eos poſſe loco compenſationis fructus fundi ſuos facere; ſi verò ex diſpoſitione legis municipalis obligātur ad alendam viduam, dico hanc obligationem impoſitam fuiſſe, non propter dotem, ſed propter matrimonium, aliàs dote non ſoluta non obligauiſſet hæredes mariti, & per conſequens nihil proderit ipſis ad effectum lucrandi fructus, onus iſtud ſubire, cum id faciant propter legis præceptum, quæ dotis rationem non habet, ſed matrimonij.

4 Tertiò dubitatur, an valeat pactum inter ſocerum, & generum, quod ſi moroſus fuerit in tradēda dote aliquid annuatim ſoluat, ipſumque valere puto verius eſſe, & receptius, dummodò non excedat id, quod expendit maritus in alenda vxore, vel quod eius intereſt dotem non fuiſſe traditam. vide Couar. *lib. 3. c. 1. nu. 3. verſ. quarto poteris hinc diſcuti.* Lup. *de vſur. comment. 1. §. 4. num. 25.* Abb. Villagut. *in tract. de vſur. q. 22. concluſ. 9.* Mich. Salon. *loco ſuprà allegato, num. 4. verſ. ſequitur tertio.* Surd. *de alimen. tit. 1. q. 42. num. 23. cum ſeqq.* D. Gratian. *lib. 1. Diſcept. Forenſ. c. 143. a num. 6. verſ. quod magis.*

Cum enim liceat id in pactum deducere, quod nobis ſecundum iuris rationem debetur, nulla dubitatio

bitatio erit quin pactum, de quo agimus fieri possit, cum secundum Iuris regulas absque pacto a marito possit obtineri vt promissor dotis condemnetur ad sibi resarciendum id, quod impendit in subeundis oneribus matrimonij, quæ culpa promissoris dotis sustinuit, & ad sibi resarciendum damnum, quod propter moram eius sentit, iuxta ea quæ scripsi in c. antecedenti num. 10. cum sequentibus.

5 Nec obstat, incertum esse id, quod mariti intersit dotem non tradi, & ideò vsuram sapere pactum id determinans, quia responsio ex prædictis patet, nempè propter onera matrimonij hoc concedi, quorum impensam oon est difficile verisimiliter determinare inspectis moribus regionis, & conditione viri, & vxoris.

Quartò dubitatur, quid si maritus concessisset dilationem ad dotem soluendam, an tunc ratione moræ possit aliquid vltra dotem accipere propter onera matrimonij: discurdant DD. vide Couar. *lib. 3. var. c. 1. num. 3. vers. quinto eodem iure*, Lupum *de vsur. §. 1. comment. 4. a num. 76.* Abb. Villagut. *de vsur. q. 22. conclus. 1. 2. & 3.* Plot. *de in litem iur. a num. 455.* D. Fachio. *lib. 2. cons. 94.* D. Polidor. Ripam *obseru. 19.* Michael. Salon. vbi suprà *num. 4. vers. secunda conditio*, & alios ab bis relatos, necnon Surd. *de alim. tit. 1. q. 42. a num. 50.*

Qua in re ego quatuor considero casus. Primus, cum maritus concessit dilationem ad dotem dandam nullo accepto pignore fructifero, & absque pacto, vt interim pro oneribus aliquid sibi soluatur. Secundus, cum non fecit pactum vt sibi aliquid præter dotem solueretur quousque dotis solutio retardatur, sed tamen accepit pignus fructiferum nulla facta mentione fructuum. Tertins, cum fecit pactum vt interim sibi quid solueretur pro alimentis vxoris. Quartus est, cnm marito sine die vel cōditione dos fuit promissa, sed maritus vel vltrò, vel rogatus dilationem concessit.

6 Quod spectat ad primum casnm, puto nullo modo locum habere dispositionem nostri tex. Motus hoc fundamento, onera matrimonij maritus subijt absque spe dotis quò ad tempus, de quo agimus, ergo propter onera nihil petere potest.

Antecedens est manifestum ex suppositione, quòd ipse dilationem concesserit; consequens verò probatur hoc modo, aut ipse propter onera vult quid præter dotem, quia culpa promissoris dotis subijt illa, quòd aliàs non fecisset, aut quia cum minori damno aluisset vxorem si dotem habuisset. Primum non potest dicere, qoia ipse sponte dilationem fecit, & vxorem duxit sciens quod ante tēpus præfixum dos non erat numeranda. Secūdum verò etiam si verum esset, attamen non potest ei prodesse, quia dando dilationem ad soluendam dotem spontè hoc commodo se priuauit, non alia de causa motus, quàm quod putauerit sibi expedire nuptias contrahere, etiamsi dotem statim non fuisset habiturus.

7 At dicunt aduersarij, dum maritus concedit dilationē, non videtur iuri petendi compeosationem onerum renunciare, ergo dilatio eum non impedit, quò minus beneficio nostri textus vtatur, vt hęc oppositio dissoluatur nonnulla animaduertete oportet. Primò, contractum matrimonij non pertinere solum ad vtilitatem vsoris, sed viro etiam prodesse, cumque marito vxor subijciatur, & sui corporis potestatem faciat, nec non obsequialia ei pręstet opera, non immeritò plerisque gentibus visum fuit matrimonium plus vtilitatis viro, quam vsori adferre, quas commemoraui lib. 3. cap. 7. Itaque secundum naturam matrimonij non est, vt maritus consequatur id a muliere, quod expensurus est ad eam tuendam, neque enim ratio patitur, vt expensa, quę vtilitatem vtrique affert, solius vxoris damno cedae.

8 Secundò, animaduertendum est, dotem esse speciem doaationis, *l. cum multæ, C. de donat. ant. nupt.* Itaque quod dicitur naturam dotis esse, vt deseruiat matrimonij oneribus (de qua re scripsi lib. 3. ca. 1.) intelligitur, postquàm venit tempus soluendi eam, ideò enim promissor dotis dilationem ad soluendum petijt, ne interim eam tradere teneretur, qua de causa culpa vacat, si eam non tradiderit, itaque donec durat dilatio, non dicitur penès se retinere dotem destinatam oneribus matrimonij, quia ad onera matrimonij, quò ad durat dilatio, non fuit dos destinata.

9 Et ex his patet argumentum ex aduersò factum petere principium, quia supponit marito competere ius petendi compensationem interim, quod dos non soluitur propter dilationem, & dotem fuisse destinatam ad onera prædicti temporis sustinenda, quod nos meritò inficiamur, idque maximè verum erit, si conuentum fuerit, vt ex pecunia dotali aliquid fructiferum ematur, euidens enim tunc est, nō fuisse voluntatem partium, vt pecunia oneribus matrimonij seruiret, & ideò quousque occasio non venerit aliquid fructiferum emendi, verissimum erit, non venisse tempus, quo maritus ex dote sustinere possit onera matrimonij salua conuentione.

10 Quò ad secundum casum, cum maritus dilationem concessit socero, voluit tamen loco pignoris sibi tradi rem aliquam fructiferam, an sit locus dispositioni nostri textus? Respondeo hanc esse quæstionem voluntatis; si enim mens mariti fuerit non subire onera matrimonij, nisi acciperet compensationem, tunc affirmatiuè respondendum est, hoc enim in casu loquitur noster textus, vt ostendi in c. pręcedenti a num. 10. Si verò alia mens marito fuerit, tunc secus erit, quia id nullo pacto marito licebit, vt in antecedenti casu exposui.

11 Itaque debebit iudex, cuius est voluntatis quæstionem dirimete *l. 2. C. de fideicommiss.* quæ fuerit mens mariti determinare; rem autem in abstractò consideraodo, contra maritum vrget, quòd ipse dilationem concessit, neque eoim hæc insimul consistere possunt, quòd maritus concedat dilationem, & quod eius mens fuerit non ducere vxorem, nisi sibi tradita fuisset dos. Marito verò prodest, quod ipse voluit pignus fructiferum a promissore dotis sibi tradi, vt penès se illud retioeret, quousque dos solueretur, non est enim verisimile eum voluisse in sortem fructus imputare, verum hæc coniectura nō concludit, quia non desunt causæ, ex quibus maritus moueri potuit, vt pignus peteret, vt scilicet magis tutus esset, vt promissor dotis sit diligentior in soluenda dote, & ideò non erit sufficiens ratio ad

diluendam præſumptionem, quæ oritur ex dilatione, quæ & naturæ rei & vſui conueniens eſt, & ideò neceſſe erit marito hanc ſuam intentionem probare, maximè, cum ſcriptum ſit, verba conuentionis contra eum eſſe interpretanda, cuius interest legem apertius dicere, *l. veteribus, ff. de pact. l. quidquid aſtringendæ, de verb. obligat.*

12 Tertium caſum nunc explicemus, cum ſcilicet dilatione cõceſſa maritus ſibi ſtipulatus eſt aliquid ſolui pro cõpenſatione onerum, quouſque dos non ſolueretur, & hoc caſu mariti cauſa potior eſt; nam ex pacto huiuſmodi patet, eum non fuiſſe ſubiturum onera matrimonij, niſi compenſationem eorum ſperauiſſet, quod eſt illud, quod facit locum deciſioni noſtri textus, vt expoſui in cap. antecedenti a num. 10.

At dices, cur ergo fecit dilationem? Reſpõdeo, cum promiſſor dotis nollet, vel non poſſet dotem intra illud tempus tradere, dilationem petijt, eam autem maritus conceſſit, quia compenſatio onerum, quæ eum a matrimonio retrahebant, ſibi fuit promiſſa.

13 Quartus caſus eſt, cum marito dos ſine die, vel conditione fuit promiſſa, ſi deinde vltrò, vel rogatus dilationem conceſſerit, an tunc habeat locum diſpoſitio noſtri textus, cum autem ex promiſſione pura ius fuerit quæſitum marito petendi compenſationem onerum, ſequitur deciſionem huius caſus ex eo dependere, an per dilationis conceſſionem huiuſmodi iuri renunciauerit, quod in dubio non præſumitur, *l. cum de indebito, de probat.*

14 Reſpondeo, cum maritus vltrò, vel facile conceſſit promiſſori dotis dilationem oſtendit ſe matrimonium fuiſſe contracturum, etiam ſi ab initio dilationem huiuſmodi petijſſet, niſi aliquid noui ſuperuenerit, & ideò huic caſui non poteſt adaptari fundamentum deciſionis noſtri textus, quod maritus culpa promiſſoris dotis ſubijt onera matrimonij, quæ ſubiturus non erat, vt expoſui in c. antecedenti num. 10. neque enim facile paſſus fuiſſet ſibi dotis traditionem differri, ſi propter eam contraxit matrimonium, aliàs non contracturus illud.

Si verò facile non permiſit ſe perſuaderi ad dilationem concedendam, & tunc res obſcurior eſt, aduerſus maritum tamen regulam conſtituendam eſſe ſentio ex ijs, quæ ſcripſi in ſecundo caſu num. 10. quæ & hic militant, a qua tamen ex coniectura voluntatis recedendum erit, ſi tamen clarè fuerit probata, cum aduerſus eam vrgeat experientia, quæ docet homines in illis, quæ ad commodũ ſuum ſpectant, cautè, & diligenter verſari, nec nõ regula *l. veteribus, ff. de pact. & l. quidquid aſtringendæ, ff. de verb. obligat.* & hæc de quarta dubitatione ſatis.

15 Quinta dubitatio eſt, an ſit admittenda deciſio noſtri textus quoties in arbitrium mariti, vel alterius dotis ſolutio fuit reiecta, qua in re affirmat Rauenſ. *lib. 1. conſ. 39. num. 15. poſt* Ioſeph. Ludou. *deciſ. Lucen.* 11. *num.* 48. & 49. Cagnol. *in l. curabit, num.* 42. *C. de act. empt. & vendit.* idem ſentiũt alij, de quibus Surd. *de alim. tit.* 1. *q.* 42. *num.* 15. *verſ. ſed prædictæ deciſioni, & num.* 13. *cum ſeq.* D. Gratianus *lib.* 1. *Diſceptat. Forenſ. c.* 143. *num.* 15. & 16. quibus non poſſum aſſentiri, quia cum maritus, è cuius voluntate dotis traditio pendet, non declarat voluntatem ſuam, oſtendit ſe nolle vti dote ad onera ſuſtinenda, quia ſi ſecus eſſet, dotem peteret, ergo non poteſt dicere, ſe è ſuo patrimonio onera ſuſtinuiſſe culpa promiſſoris dotis.

16 Cum verò in arbitrium alicuius dos fuit collata *iuxta l. 3. C. de dot. promiſſ.* antequàm ille dotem declarauerit, non conſtat quid ſit nomine dotis ſoluendum, ergo non eſt in mora promiſſor dotis, ergo non eſt cogendus aliquid præter dotem dare marito; ex mora enim deducitur culpa promiſſoris dotis, vt oſtendi ſuprà c. antecedenti a num. 10.

17 Nec dicas immò eum eſſe in mora, quia maritus ſuſtinet onera matrimonij, hoc enim verum eſt, quoties maritus contra ſuam voluntatem ex ſuo patrimonio vxorem alit, quod in hac ſpecie non accidit, quia, dum negligit dotem declarari, oſtendit ſe nolle dote tunc vti ad ea ſuſtinenda, quia ſi huius menris eſſet, dotem declarari peteret, quæ cum habeant locum, etiam in ſocero reſpectu eius vera quoque erit hæc opinio, quidquid contendat Surd. vbi ſuprà.

18 Sextò dubitatur, ſi maritus alia ex cauſa contraxerit cum promiſſore dotis, & ei rem ſibi prius pignori datam, tradiderit, cuius fructus erunt? Mariti fructus eſſe conueniunt DD. ſi credimus Mich. Salon. id atteſtanti *de iuſt. & iur. q.* 88. *art.* 2. *controu.* 14. *num.* 5. *verſ. ſequitur quintò.*

19 Hæc ſententia mihi ſuſpecta eſt, nam creditor ius quidem habet colligendi fructus pignoris, ſed eos colligit veluti alienos, & ad debitorem ſpectantes, & ideò cum reddit pignus, eorum quoque rationem reddere debet, *l.* 1. & 2. *C. de pign. act. c.* 1. & 2. *de vſur.* Itaque facultas colligendi eos oritur ex eo, quod res pęnes ſe habet, igitur ſi ipſa pęnes alium ſit, non poterit colligere fructus maximè, ſi apud dominum rei fuerit; vt ergo maritus hoc in caſu fructus acquirere valeat, neceſſe eſt dicere, eũ ius colligendi fructus, & in vſus ſuos conuertendi habere, præter illud ius, quod ſecundum regulas ordinarias competit creditori in fructibus rei pignori datæ, quod hucuſque nemo, quem viderim probauit.

20 Immò huiuſmodi ius marito non competere aperte indicat Summus Pontifex, dum ait agens de fructibus, marito perceptis, *Non credimus imputandos.* Imputatio enim fructuum in ſortem pertinet ad illos, qui eos colligunt veluti ex re aliena, nõ ad eos, qui ius habent fructus percipiendi. Neque verò credas idem eſſe, quod maritus eos non imputet in ſortem, vel, quod ius acquiſiuerit percipiendi illos ad ſuam vtilitatem, quia, vt imputatio impediatur, ſatis eſt, quòd ipſe creditor ſit ex alia cauſa domini pignoris, ex ea enim retinere eos poteſt. Concludo ergo fructus fundi eſſe promiſſoris dotis, eum tamen teneri reſarcire id, quod maritus in tuenda vxore erogauit.

21 Septimò dubitatur, an in marito diuite locum habeat deciſio noſtri textus, quod dubitatione carere exiſtimo, cum non faciat fructus ſuos propter paupertatem, ſed propter onera, quæ ex ſuo ſuſtinuit culpa promiſſoris dotis, atque ita ſentiunt DD. omnes, qui de hac materia tractant, dum indiſtinctè de marito agunt, non exigendo hanc qualitatem

litatem quòd sit pauper, explicite autem post Sot. & Nauar. id docuit Salon. *loco allegato*, *nu.* 5. *vers. sequitur secundò.*

De eadem materia ad cap. salubriter, de vsur. *Cap. XXXIX.*

1 Octaua dubitatio est, an marito, qui cessit alteri nomen sibi ex causa dotis competens, detur beneficium huius textus, quod affirmat Surd. *cons.* 269. *num.* 23. & 24. & iure meritò, quia, cum quis cedit, seu mandat alteri actiones sibi competentes, non desinit ipse esse creditor, sed adhuc actionem sibi competentem retinet, *l.* 3. *C. de nouat. & delegat.* itaque cessio nihil aliud efficit, quam quod liceat ei agere, cui aliàs non licebat. Neque in proposito distinguendum esse reor, an debitor partem debiti soluerit, & an cum eo lis fuerit cępta; licet enim hæc impediant eum, qui actiones cessit, exigere, *vt in dicta l.* 3. non tamen efficiunt, vt creditor esse desinat, quod est illud, quod in proposito quærimus; qua de causa idem puto dicendum, si
2 cessio huiusmodi facta fuerit emptori eiusmodi nominis, quia hæc res non facit, maritum desinere esse dotis creditorem, *l. ex nominis, C. de hæred. vel act. vendit.* qua ratione idem erit recipiendum, cum in solutum datum fuit nomen, nam & tunc non desinit esse creditor *d. l.* 3. *C. de nouat.* quæ præcisè loquitur eo casu, quo solutionis gratia quis actiones aduersus suum debitorem mandauit, itaque cauendum est a Surd. qui hos casus distinguit *in dicto cons.* 269. *num.* 24. *lib.* 2. efficit quidem datio in solutum nominis debitoris, vt creditoris periculo exigatur, *vt in l. pupilli, §. foror, ff. de solut.* & post alios exponit Francisc. Becc. *cons.* 105. *num.* 35. sed non efficit vt debitor desinat esse debitor eius, cui ante dationem in solutum debebat, licet id asserat Surd. nulla lege, vel ratione munitus; maritus ergo poterit vti dispositione huius textus, non obstante cessione; nisi & hoc beneficium cessum fuerit, facta enim simpliciter cessione nominis non veniet hæc facultas, quæ ab ipso nomine distincta est & separata. De hac re si aliorum sententiam intelligere velis consule DD. allegatos a Lupo *de vsur. comment.* 1. §. 4. *num.* 81. & 82. a Surd. *in tract. de alim. titul.* 4. *quæst.* 42. *num.* 22. D. Gratian. *lib.* 1. *discept.* 143. *num.* 39.

3 Nonò quæritur, quid si per delegationem fuerit a marito ius exigendæ dotis in aliquem translatū? & negatiuam sententiam acriter defendit Surd. *consil.* 269. *num.* 14. *vers. alio tamen fundamento, & num.* 15. *cum seqq. lib.* 2. & iure merito, quia delegatio efficit, ne promissor dotis marito aliquid amplius debeat, *vt in l.* 3. *vers. quod si, C. de nouat.* quod etiam hodie obtinet, vt liquet ex DD. allegatis per Ant. Gabr. *tit. de nouat. conclus.* 1. *num.* 49. & per Surd. *num.* 15. ergo tollit fundamentum textus nostri, quod est debitorem dotis dilulisse eius solutionem; promissor enim dotis ex alia causa incipit esse debitor, scilicet ex stipulatione, vel ex constituto. Aduerte autem, ita demum delegationem fieri, si consentiat debitor delegatus, & spondeat ei, cui delegatur, vel debitum constituat, vt expresse legitur *in l.* 1. *d. l.* 6. *l.* 7. *C. de nouat.*

5 Decima dubitatio est, an alteri cedi possit hoc beneficium. Respondeo, compensationem, quæ debetur marito propter onera, cum sit quid pecuniarium, procul dubio posse ad eius voluntatem transferri in alium, ius autem petendi illam radicatum esse in eius persona, ita vt nemo possit nisi nomine ipsius petere, quia illi debetur ratione onerū, itaque verum erit compensationem soli marito deberi, eam autem peti posse ab eo, cui id ius ipse concesserit. vide Surd. *cons.* 269. *num.* 25. *in fine vers. ex prædictis, & num.* 26. vbi in hanc sententiam rectè differit & redarguit Paris. qui existimabat, hoc priuilegium esse reale, & ad quemcumque transire, ad quem dos transierit.

6 Vndecimò dubitatur, an si maritus per pactum promiserit alere vxorem, possit vti beneficio nostri textus, quod negat Corn. *cons.* 240. *lib.* 3. aduersus quem insurgit Surd. *de alimen. tit.* 1. *q.* 42. *num.* 43. *vers. sed ne in hoc, & num.* 44. *cum seqq.*

Difficultas consistit in facto, non iure, qua de causa scilicet motus fuerit maritus ad promittendum, se alere vxorem, si enim propter dotem id fecit, quod præsumendum esse in dubio rectè monet Surd. tunc non erit constituenda differentia inter hunc casum, & eum de quo agitur *in c. salubriter, de vsur.*

7 Si verò alia ex causa motus fuit ad paciscēdum, tunc verum erit quod scribit Corn. eum non sustinere onera propter dotem, sed propter pactum, & ideò cessat illa ratio, in qua consistit decisio huius textus, quod scilicet culpa promissoris dotis maritus sustinuerit onera, quæ aliàs non sustinuisset. Videat ergo iudex, quæ fuerit causa paciscendi, & secundum eam rem hanc dirimat, eius enim est voluntatis quæstiones exponere *l.* 7. *C. de fideicomm.*

8 Duodecima dubitatio est, quid si maritus per nouationem, obligationem ex causa dotis in aliam obligationem transfundi curauerit, an fruatur beneficio huius textus, & negatiuè respondet Capic. *decis.* 183. de qua sententia dubitat Surd. *tit.* 7. *q.* 42. *num.* 61. *vers. circa hanc limitationem, & num.* 62. & 63. ego verò puto eam esse verissimam; cum enim promissor dotis per nouationem ex noua causa incipiat obligari, non potest maritus ei opponere, quòd culpa eius subijt onera, quę aliàs non subijsset, quia per nouationem non fuit inductus ad ducendam vxorem, sed per promissionem dotis, itaque cessat fundamentum nostri textus, & ideò si fortè maritus noluisset sustinere onera nisi obligatione nouata, aliud esset dicendum, quia tūc verum est culpa eius se sustinere onera quæ non sustinuisset.

9 Decimotertiò dubitatur, quid si dos fuit promissa vxori, an sit locus nostro textui, & negatiuè respondet Ruin. nisi mulier nomen hoc debitoris dederit in dotem, & cum Ruino transit Sur. *de alim. tit.* 1. *q.* 42. *num.* 64. *cum seqq.* idem Ruin. *cons.* 63. *num.* 28. & 29. *lib.* 2. D. Gratianus *lib.* 1. *discept.* 143. *num.* 36. & *seq.*

Ratio huius opinionis est quatenus negat, quia marito nihil debet promissor, ergo non tenetur ad interesse; accidens enim non potest stare sine subiecto, *l.* 1. *ff. de vsufr.* Ratio limitationis est, quia quilibet debitor tenetur ad interesse, ergo & hic de-

quo agimus tenebitur, ergo licebit marito petere compenſationem onerum, in hoc enim damnum eius conſiſtit.

10 Regula rectiſſimè fuit negatiue conſtituta, quia optima eſt ratio ſupra allegata, non rectè tamen excipitur caſus, quo mulier dedit in dotem nomen debitoris, quia cum ipſe non induxerit maritum ad ducendam vxorem, non poteſt maritus dicere, ſe culpa eius ſuſtinuiſſe onera, quæ aliàs non ſuſtinuiſſet, & ideò non licet ei indiſtinctè petere ſibi compenſari damnum, quod in alenda vxore impẽdit, ſed licebit ſolummodò marito petere id quod ſua intereſt, eum non ſoluiſſe tempore debito, quatenus probabit ſe minus impendiſſe ſi non fuiſſet in mora, atque ita rectè ſcribit Gabr. *conſ.* 155.*nu.* 7.*verſ. nam diuerſitatis, lib.* 1.

11 Licebit tamen marito aduerſus vxorem agere, ſi debitorem interpellauit, vt ſibi onera prædicta compenſet, quia eius culpa ea ſuſtinuit, quæ vtique non poterit ſe defendere, & ideò ei licebit poſtea agere aduerſus debitorem moroſum, & ratione dãni, quod propter eius moram paſſa fuit, obtineri eum condemnari, eius enim culpa in hanc incidit iacturam.

12 Decimoquartò quæritur, quid in augumento dotis, an maritus poſſit vti reſpectu ipſius beneficio noſtri textus? negat Corn. *conſ.* 240. *lib.* 3. affirmat Surd. *de alim. tit.* 1. *q.* 42. *a num.* 75. ego Corneo aſſentior, quia non poteſt maritus dicere, ſe motum fuiſſe ad ducendam vxorem propter augumentum dotis, cum poſt contracta ſpõſalia factum fuerit, ergo non poteſt dicere ſe culpa eius, qui augumentum promiſit, onera matrimonij ſuſtinuiſſe; poterit tamen agere ratione damni emergentis, & lucri ceſſantis ad inſtar aliorum creditorum, cum Surdo tamen ſentit D. Gratian. *deciſ.* 213.*nu.*3. & 4. *in additionibus*.

13 Decimaquinta dubitatio eſt, quid ſi maritus acciperet in pignus a promiſſore dotis rem alienam, an tunc faciat fructus ſuos? & negatiuè reſpondet Gabr. *conſ.* 551.*nu.*7.*lib.*1. & rectè, quia fructus ſunt domini rei, qui cum non ſit debitor dotis, a marito nõ poſſunt retineri, ſed reſtitui debẽt, & ideò ſi maritus eos perceperit, & in vſus ſuos conuerterit, nõ imminuetur debitum dotis, quia quod promiſſoris dotis non eſt, non poteſt eius debitum extinguere, niſi nominatim pro ſolutione dotis fuerit datum.

Licebit tamen marito agere aduerſus promiſſorem dotis, vt ſibi onerum matrimonialium compenſationem tribuat, & quanti ſua interfuerit rem alienam in pignus accepiſſe, ſi conuentum fuerat, vt daretur pignus in dotem, conuentioni enim non ſatisfecit debitor rem alienam tradendo.

Vidua, an poſſit vſuras exigere ab hæredibus, qui moroſi ſunt in reſtitutione dotis ex diſpoſitione c. ſalubriter, de vſur. *Cap. XL.*

1 INſignis eſt quæſtio, an vidua, cui hæredes mariti differũt dotem reſtituere poſſit vſuras ab ipſis exigere ex diſpoſitione *cap. ſalubriter, de vſur.* in qua multa ſcripſerunt veteres, ac noui interpretes, & ẽt Theologi. vide DD. *in c. ſalubriter, de vſur.* Afflict. *deciſ.* 284. Nauar. *de vſur. a num.* 65. Couat. *libr.* 3. *var. cap.* 1. *num.* 3. Rol. a Valle *lib.* 2. *conſ.* 55. Lupus *de vſur. comment.* 1. §. 4. *a num.* 84. Abb. Villagut. *de vſur. quæſt.* 22. *concluſ.* 52. Theſaur. *deciſ.* 43. Barboſ. *in l.* 2. *in prima parte princip. a num.* 40. *ff. ſolut. matr.* D. Fachin. *lib.* 3. *controuerſ. cap.* 105. & *conſil.* 11. *lib.* 2. Mich. Salon *de iuſt. & iur. quæſt.* 88. *art.* 2. *controuerſ.* 15. & plurimos alios ab his relatos, nec non Surd. *de aliment. titul.* 1. *quæſt.* 45. D. Gratianus *part.* 2. *diſcept.* 244. & 246.

2 Ego negatiuam ſententiam ſequor, etiam ſi mulier non habeat vnde ſe alat, quod, vt veriſſimum eſſe oſtendam, præſupponendum eſſe moneo, illicitum eſſe, ac iure Diuino, naturali, ac Canonico dãnatum aliquid accipere præter id quod ſibi debetur *cap.* 1. 2. & 4. *de vſur. Clement. vnic. de vſur.* & ideò illi, qui dicunt, licere viduæ præter dotem aliquid accipere, neceſſe eſt, vt cauſam oſtendant, cur id ei liceat.

3 Id autem licet multi efficere tentauerint; nemo tamen, vt mihi videtur id aſſecutus fuit, quod manifeſtum erit, ſi circumſtantias huius quæſtionis examinabimus, quæ ſunt hæ. Mora debitoris, dos, quæ reſtituitur, inopia mulieris.

Quò ad moram debitoris pertinet, non eſt, cur de ea loquar, quia ſi eſſet circumſtantia ſufficiens, vt creditor exigere poſſet plus quam ſibi debeatur, ſemper liceret vſuras exigere; vſuræ enim ab illis exiguntur, qui ſunt in mora.

4 Quò ad id, quod debitum eſt, idest quò ad dotẽ, quæ reſtituenda eſt, ſi hoc ſatis eſſet, vt mulier plus acciperet, quam tradiderit, hoc eſſet, vel ex priuilegio dotis, vel ex natura ipſius; non eſt ex priuilegio, quia vſura quæ crimen eſt, concedi propter priuilegium non poteſt *cap.* 4. *de vſur.* Et ideò licet aliqui inter dotis priuilegia hoc quoque retulerit, eorum tamen opinio frequentiſſimis reijcitur ſuffragijs, & apertè falſa eſt, vt oſtendi ſupra cap. 39. num. 3. & 4.

5 Non poſſunt etiam vſuræ admitti ex natura dotis, quia natura ipſius non poſcit, vt plus maritus reddat, quam acceperit; nec valet quod aduerſarij dicunt, dotem eſſe propriũ mulieris patrimonium alimentis & neceſſitatibus eius deſtinatum, & per conſequens ſecundum naturam eius eſſe, vt ex reddditu ipſius mulier ſe tueatur, quoniam animaduertendum eſt, hanc reſponſionem manifeſtam continere fallaciam, nam licet dos deſtinetur pro alimẽtis mulieris, cum vidua erit, non propterea mulier, ſi ei tradita fuiſſet, potuiſſet ex eius redditu ſe alere, & ſuis conſulere neceſſitatibus, quia dos, de qua agimus, in quantitate conſiſtit. At dices, poterat mulier ex dote aliquid fructiferum comparare, & ex huiuſmodi redditu ſe alere. Reſpondeo hoc non eſſe ex natura dotis, ſed per accidens, ſi ſcilicet tũc ſe ſe obtulerit occaſio tale aliquid emendi, eamque mulier amplexa fuerit.

6 Cum ergo per accidens ſit, vt mulier dote, de qua agimus potuerit vti ſalua ſorte, euidenter falſum eſt, ſecundum naturam eius eſſe, vt poſſit indiſtinctè petere, ſibi id refici, quod in ſe alenda impedit vltra ſortem, quia hoc modo plus vtilitatis conſequeretur ex mora debitoris, quam ipſa dos recuperata præſtitiſſet; quod enim per accidẽs venit, non ſemper, & indiſtinctè venit.

Et

7 Et quod non debeantur ex priuilegio dotis vsuræ, de quibus agimus, nec ex eius natura, non possunt inficiari illi, qui dicunt, mulierem habentem vnde se alat, posse vti beneficio huius textus, quorum numerus valde magnus est, ferè enim omnes, qui de hac re tractant, & viduę fauent hanc sequuntur opinionem, nam si ex priuilegio dotis esset, vel ex natura ipsius, hæc distinctio inter pauperem, & diuitem viduam non esset admittenda, quia paupertas, vel diuitiæ mulieris naturam dotis, vel priuilegia immutare in proposita quæstione nullibi scriptum reperitur.

8 Restat, vt de paupertate mulieris dicamus, quã plurimi considerant, vt mulieri vsuræ debeantur, hanc autem ad effectum, de quo agimus non suffragari euidens est, quia si paupertas viduæ satis est, vt ei debeantur vsuræ, quæ aliàs non deberentur, consequens erit, vt idem in omnibus creditoribus, quibus non licet exigere vsuras, paupertas eorum efficere possit, quod affirmare absurdissimum esset, quemadmodum enim paupertas mulieris efficit, vt maius incommodum sustineat mulier, cuĩ dos non restituitur, ita etiam efficit, vt maius damnum sentiant reliqui creditores pauperes ex mora suorum debitorum; itaque non debet inter viduã, & alios pauperes creditores constitui discrimen; nec propterea mulier auxilio destituitur, potest enim iure ordinario vti; nam probando id, quod sua interest, non fuisse dotem tempore debito restitutam, obtinebit hæredes mariti condemnari ad damna, quæ culpa eorum perpessa fuit, sibi resarcienda eo modo, quo cæteri obtinent aduersus debitores morosos.

9 Nulla ergo circumstantia est, per quam vsura crimen esse desinat in casu, de quo agimus, & ideò hoc satis esset ad reijciendos illos, qui putant dispositionem *c. salubriter, de vsur.* ad hunc casum pertinere, neque enim vsuram, quæ crimen est, Sũmus Pontifex permittere potest, vt clarè legitur *in c. 4. de vsur.* Hocque non possunt inficiari illi, qui negant mulierem diuitem contineri in dispositione illius textus, quorum numerus maximus est; hi enim necesse est, vt fateantur rationem illius textus non continere viduam, quia non esset distinguendum, an sit diues, an pauper, quia hæc circumstantia vim eius non mutat, & ideò apud Doctores in comperto est, marito, qui diues est, illius tex-
10 tus concedi beneficium; vt tamen omnis dubitandi causa tollatur, ostendam, dispositionem huius textus huc trahi nullo modo posse, quia ratio, ex qua deducitur viduæ applicari non potest, quod, vt intelligas meminisse oportet, maritum ratione onerum matrimonij, propter quæ decisio huius textus facta fuit, posse petere compensationem a promissore dotis duplici ex causa. Primò, quia culpa eius subijt onera matrimonij, quæ alias nõ erat subiturus. Secundò, quia ipse cum minori damno onera huiusmodi sustinuisset, si dotem habuisset, vt exposui suprà c. 29. a num. 11.

11 Quando maritus culpa promissoris dotis subijt onera, quæ alias non erat subiturus, tunc iure merito a promissore dotis petit sibi damnum refici, hoc est iure petit, eum condemnari ad resarciendũ sibi impensam, quam hac de causa fecit; quia, qui damnum dedit, damnum resarciat, & hæc est vera ratio illius textus, vt eo loci exposui.

12 Quando verò maritus petit compensationem, quia facilius, & cum minori damno tulisset onera matrimonij, dote sibi tradita tunc id tantum consequitur, quod probabit se plus expendisse in alenda vxore, quam fecisset si dos tradita fuisset, quia tunc petit id, quod sua interest, quod in facto non in iure consistit, *l. quatenus, de regul. iur.*

13 Itaque cum mulier post mortem mariti expendit, vt se aleret, & secundum dignitatem suam viueret, non potest dicere, se culpa hæredum onus subijsse, quod aliàs non subijsset, ergo non potest indistinctè petere, quod in se tuenda expendit, sed debet petere id, quod plus erogauit, quam fecisset, si dotem restituissent, ergo non potest regula constitui, quid mulieri debeatur hac de causa, quia hoc dependet ex circumstantijs, & in facto, non in iure consistit, ergo decisio *c. salubriter*, huc trahi non potest; in ea enim regula ad fauorem mariti constituitur, quid ei debeatur, si promissor dotis dotem soluere distulerit.

14 Et ex his tolluntur omnia, quæ pro contraria parte adducuntur; nam quod dicunt, mulierem potuisse ex redditu suę dotis se alere, corruit ex eo, quòd dos, de qua agimus, consistit in quantitate, & proindè suaptè natura non est apta alere viduã sine dotis diminutione; quia quantitas fructum nõ reddit: nec dicas, mulierem potuisse emere aliquid fructiferum ex dote, ex cuius redditu poterat se alere, quia, cum hoc in facto consistat, necesse est illud probare; ea enim quæ in facto consistunt, non præsumuntur, vt omnes norunt.

15 Præterquam quod non omnes mulieres ex dote volunt fundum, vel aliquid fructum gerens emere; sed multæ sunt, quæ pecuniam conseruant, vt facilius nubant, & ideò non sufficit constare, occasionẽ ad fuisse emendi rem fructiferam ex dote, sed oportet etiam probare, mulierem eius mentis fuisse, vt nollet pecuniam dotalem conseruare.

16 Oportet etiam ostendere, huiusmodi occasionẽ venisse, quæ idonea fuerit, & quæ placitura esset mulieri, variæ enim sunt earum cupiditates, aliæ agros exoptant, aliæ vineas, aliæ redditus annuos quærunt, nonnullæ domos, vt non immeritò nobis liceat affirmare, non esse satis, quòd res vænales extiterint, sed opus esse probare, quod venerit occasio, quam mulier non omisisset, si dos fuisset sibi restituta.

17 His accedit, res vænales interdum plus, interdum minus valere, quam sit dotis quantitas, sæpe accidit, multos adesse eiusdem rei cupidos, non rarò accidit, venditorem ære alieno grauatum esse, vt non careat periculo ab eo emere, & ideò non potest vllo modo affirmari, mulierem ex dote sua sibi rem fructiferam, ex qua se alere poterat, fuisse comparaturam, si restituta fuisset, & ideò huius rei ratio haberi non potest, nisi quatenus probatum fuerit, & per consequens non potest constitui regula particularis in fauorem mulieris, sed de ea dicere debemus id, quod de alijs creditoribus dicimus, ei licere id, quod sua interfuit, dotem non fuisse solutam, a moroso debitore postulare.

18 Ad id, quod præterea dicunt, mulieri non dees-

se onera,

ſe onera, quæ in marito conſiderantur. Reſponſio clariſſima iam allata fuit, mulierem non poſſe ratione horum onerum aliquid petere, niſi quatenus ipſam minus impenſuram fuiſſe, ſi dotem habuiſſet, conſtiterit quod cum dependeat ex eo, an mulieri interim oblata fuerit occaſio idonea comparandi aliquid fructiferum; huius rei ratio non eſt habenda, niſi quatenus probauerit, ſe comparaturam fuiſſe rem fructiferam, ſi dotem habuiſſet, ex quo manifeſtè corruit quod legitur apud Theſaur. *deciſ.* 43. *num.* 45. mala enim conſequentia eſt, mulier non habet vnde ſe alat, ergo ſi dos reſtituta fuiſſet, ex redditu eius ſe alere potuiſset.

19 Et hæc ſatis pro noſtra ſententia, quam non dubito iuris, ac æquitatis rationi euidentiſſimè conuenire, quia verò plurimi contrarium ſentiunt, cũ mulier non habet vnde ſe alat, ideò bene erit explicare, quemadmodum hmôi opinio ſit intelligẽda.

20 Cum autem huiuſmodi ſententiæ auctores, non aliunde ſuam ſententiam deducant, quam ex *c. ſalubriter, de vſur.* meritò iuxta terminos huius textus erit intelligenda; nec licebit illius textus terminos egredi. Cum ergo deciſio illius textus onerum, quæ maritus ſubijt, rationem habeat, ita vt plus ei non tribuatur, quam veriſimile ſit, eum in alenda vxore expendiſſe, vt poſt alios expoſui ſuprà c. 29. num. 18. non erit viduæ aliquid tribuendum ratione moræ hæredum, niſi quatenus ſe expendiſſe probabit in ſe alenda, niſi aliundè occaſione moræ damnum ſibi contigiſſe probauerit.

21 Agitur etiam *in d. c. ſalubriter*, de oneribus matrimonij, quæ maritus effugere non poterat, ergo non erit habenda ratio expenſarum factarum a muliere, niſi quatenus ea non potuiſset effugere ſalua ſua dignitate, ſi enim honeſtè eas euitare potuiſset, tunc excederemus terminos, in quibus textus ille loquitur, quod non licet; traditum eſt enim extenſionem non admitti, etiam in caſibus fauorabilibus, cum in caſu, ad quem fit extenſio non viget tanta, & ita fortis ratio, ſicut viget in caſu legis, quæ extenditur, vt poſt alios admonui lib. 3. c. 21. num. 11.

22 Itaque ſi mulier honeſtè apud coniunctam perſonam viuere potuiſset cum minori impenſa, non erit conſideranda impenſa, quam fecit amplius, quia domum propriam habere voluit. Idem eſt de famulis, & alijs impenſis, quarum ratio habenda non erit, niſi quatenus ſine dedecore non poterant prætermitti.

De eadem materia; An viduæ debeantur vſuræ donationis propter nuptias, vel augumenti dotalis; & An ſtatutum, vel teſtator poſſint efficere, vt aliquid mulieri detur ab hæredibus moroſis in reſtitutione dotis eo caſu, quo de iure communi non licet mulieri aliquid præter ſortem petere; Et quid ſi mulier ſecundò nupſerit. Cap. XLI.

1 SVperſunt nonnullæ dubitationes circa quæſtionem, de qua agimus in capite antecedenti. Prima eſt, An recepta ſententia, quæ viduæ pauperi concedit vſuras dotis, habeat locum in donatione propter nuptias, & augumento dotis. Secunda, An ſtatutum inducere poſſit, vt viduę aliquid detur ab hæredibus mariti moroſis in reſtitutione dotis eo caſu, quo de iure communi non tenentur. Tertia, quid in teſtatore, An id iubere poſſit? Quarta, An viduæ, quæ ſecundò nupſit liceat vti diſpoſitione *c. ſalubriter*, eo caſu, quo non liceret ſi nõ nupſiſſet.

2 Quò ad primam quæſtionem vide Afflictum *deciſ.* 197. & ibi Vrſill. Gramm. *deciſ.* 103. *num.* 98. & 101. Theſaur. *deciſ.* 44. D. Fachin. *lib.* 3. *controuer. cap.* 8. & *lib.* 2. *conſ.* 13. Ego, vt clarè omnia explicentur, diſtinctè agam. Primò de donatione propter nuptias. Secundò de augumento dotis.

3 Quò ad donationem propter nuptias, negatiua ſententia euidentiſſimè probatur; nam in hac materia Doctores fauentes viduæ omnia ſua fundamenta deducunt *ex c. ſalubriter, de vſur.* cuius deciſio donationi, de qua agimus nullo modo poteſt applicari; nam dos reſpectu mariti eſt titulus oneroſus, donatio verò eſt titulus lucratiuus reſpectu vxoris, dos deſtinatur ad onera matrimonij ſuſtinenda, donatio verò non deſtinatur ad alendam vxorem, quia hoc munus eſt dotis, item maritus rectiſſimè dicit, ſe onera matrimonij ſubijſſe propter dotem, mulier autem non rectè dicet, ſe impenſas, quas in ſe alendo fecit, propter donationem feciſſe, ergo de dote ad donationem non erit licitum argumentum ducere.

4 Quò ad augumentum dotis conſidero tres caſus. Primus cum maritus, vel alius eius contemplatione dotem auxit. Secundus cum pater mulieris, vel alius eius intuitu id fecit. Tertius cum mulier dotem auxit, vel alius eius mandato.

Cum maritus auxit dotem, vel alius propter eũ, euidens eſſe puto, mulierem non poſſe vti diſpoſitione *c. ſalubriter*, quia omnia, quæ in donatione propter nuptias militant huic augumẽto facillimè, & aptiſſimè applicantur.

5 Quò ad augumentum factum a patre vxoris, vel ab alio mulieris gratia, res ex eo dependere videtur, an ſimilitudo, quam Doctores conſtituunt inter maritum, & vxorem, in propoſita dubitatione habeat locum, quod non credo, namque dicunt ſicut maritus deſtinauit dotem ad onera ſuſtinenda, ita mulier dotem deſtinauit ad ſe, & familiam ſuã alendam; ergo ſicuti maritus, qui ex dote non potuit alere vxorem propter moram debitoris, petit a moroſo debitore compenſationem, ita vidua, quæ ex dote ſe & familiam alere non potuit propter moram hæredum mariti, compenſationem ab ipſis poſtulare poterit. Cum enim mulieri, dum nubit, dos conſtituatur, ſequitur, eam alimentis ſuis dotem ſibi tunc conſtitutam deſtinare, & per conſequens ſimilitudinem prędictam non applicari augumento, quod poſtea fit.

6 At dices, quid ſi mulier huiuſmodi augumentũ alimentis ſuis deſtinauiſſet? Reſpondeo, in propoſito non ſufficere, vt deſtinatio fiat conſtante matrimonio quemadmodum accidit in marito, qui reſpectu augumenti dotis non vtitur beneficio *d. c. ſalubriter*; vt expoſui ſuprà c. 31. nu. 11.

7 His accedit, huiuſmodi augumentum eſſe titulum lucratiuum reſpectu mulieris, cum dos reſpectu mariti ſit titulus oneroſus, & per conſequens facilius eſt, marito, quam vxori ſubueniri, quia tractat de damno euitando, & re vera, magna eſt differen-

differentia inter causam mariti in proposito, & causam viduæ, quia maritus dicere quidem potest, non subijssem onera, quę subij, nisi credidissem, dotem solutam iri, mulier autem idem dicere non potest respectu eius, quod expendit in se tuenda, nec aliquid simile.

8 Quò ad augumentum ab vxore factum, vel eius mandato, dico, mulierem hoc casu, cum habeat aliquid, præter dotem, non destinauisse eam suis alimentis eo modo quo eā destinauit mulier nihil habens præter dotem, & ideò etiam si deindè bona extradotalia amiserit, non poterit vti beneficio huius textus, quandoquidem, sicut in marito attenditur, destinatio dotis facta ad onera sustinenda, cum inducitur ad ducendam vxorem, ita debet attendi destinatio, quæ fit a muliere, cum nubit. vide suprà hoc eodem cap. num. 3. & suprà cap. 29. a num. 10.

9 Secunda erat dubitatio, An statutum statuere possit, vt vidua ratione moræ possit aliquid petere, quòd aliàs de iure communi non liceret, de qua re contendunt Doctores. vide Couar. *lib. 3. cap. 1. num. 3. vers. 7.* Barbos. *in l. 2. in prima parte princip. num. 43.* Surd. *de aliment. tit. 1. quæst. 45. a num. 55.* Abb. Villagut. *de vsur. quæst. 25. conclus. 15.* Salon. *de iust. & iur. quæst. 88. art. 2. controuers. 15.* D. Gratian. *p. 3. Discept. Forens. cap. 466. a nu.* 1x.

10 Ego sic me breuiter expedio. Duplici ratione potest statutum in hac re versari, vel vsuras concedendo, vel mulctam indicendo hæredibus viri ob moram, si eius mentis sint auctores statuti, vt vsuras hoc in casu velint concedere; tunc eorum lex velut iniqua reijci debet, *cap. 4. de vsur.* Si verò mulctam hæredibus viri indicunt, & rectissimè eos agere puto, cum propter mulieris viduæ conditionem, quæ auxilio eget, tum etiam ne matrimonium eius, si forte nubere vellet ob moram hæredum retardetur, dummodò tamen modum non excedant; ideò huiusmodi pœnam poterit vidua salua conscientia exigere, etiam si sua non interfuerit, dotem non fuisse traditam, communis enim & recepta est sententia, pœnas legales posse nos sine peccato exigere vltra id, quod interest. vide Rot. diuers. *decis. 473. par. 1. in nouiss.*

11 Tertia succedit dubitatio, An testator mandare possit hæredibus, vt quousque dotem restituere distulerint, aliquid vxori suę soluant, in qua alij aiunt, alij negant. vide Anchar. *cons. 93. quod incipit, verba testatoris.* Socin. sen. *cons. 56. lib. 3.* Rol. *lib. 1. cons. 55. a num. 21.* & alios, de quibus Surd. *de alim. titul. 1. quæst. 45. a num. 21.* Raud. *cons. 39. num. 18. lib. 1. & latius de analogis cap. 12. nume. 258.* Menoch. *cons.* 441. Ioann. Bolognet. *in l. nemo potest, num. 67. ff. de leg. 1.* D. Fachin. *lib. 6. cap. 75.*

12 Hæc quæstio, vt mihi videtur, non ex iure, sed ex facto dependet, idest ex voluntate testatoris; cū enim ei liceat vxori ad libitum legare, certum est, posse eum vltra dotem aliquid ei annuum relinquere, cum ergo testator damnat hæredes aliquid annuum dare vxori, inspicere debemus, vsuras ne inducere voluerit, an ex re sua legatum facere. Si pro vsuris id solui voluit, nihil agit; neque enim eius est circa hanc rem præter legis præscriptum disponere, vt optimè probat tex. *in l. 3. §. vlt. de ann. leg.*

13 Cum autem ex suo patrimonio vxori aliquid relinquit propter moram hæredum, legatum valet, quia sicut ei moram hæredum punire, eosque ad soluendam dotem excitare; cumque mulieri nihil dari voluerit præter dotem, euidens est eum dubitauisse, ne moram facerent in restitutione dotis, prudenter ergo eis calcaria addere voluit quo vxoris suæ incolumitati consuleret.

Itaque iudex, cuius munus est quæstiones voluntatis exponere, *l. 7. C. de fideicommiss.* perpendat verba testatoris, & in dubio legatum reliquisse iudicet *ex regul. l. quoties, ff. de reb. dub.* & quia non est verisimile eum, qui de morte cogitat, suam, & vxoris animam voluisse vsurarum crimine illaqueare, *l. meritò, ff. pro soc.*

14 Quartò dubitatur, quid si vidua ad secundas nuptias transeat, si secundo marito dotem promiserit, an possit vsuras dotis non solutæ petere eo casu, quo aliàs non liceret, de qua re etiam apud nostros dubitatur, vt facile est intelligere ex Hieron. Grat. *cons. 56. num. 3. lib. 1.* ex Plot. *de in litem iuran. §. 11. nu. 56.* ex P. Barbos. *in l. 2. in 1. par. princ. num. 42. vers. infertur etiam, ff. sol. matr.* ex D. Fachin. *lib. 1. cons. 94. vers. verum in hoc casu,* ex Surd. *de alim. tit. 1. q. 45. a nu. 49.* ex D. Gratian. *Discept. lib. 1. c. 143. a nu. 11. & p. 5. c. 540. a nu. 250.* Card. Seraphin. *decis. 1423. num. 5.* Rota *decis. 168. p. 2. in recentioribus.*

Respondeo, dispositionem *c. salubriter, de vsur.* dependere ex impensis, quam vidua in se tuenda fecit, loquor nunc ex intentione eorū qui eius decisionem viduæ adaptant, & ideò, cum ipsam secundus vir aluerit, non est cur velit vti huius textus beneficio.

Poterit tamen maritus aduersus eam vti dispositione huius textus, & obtinere, vt mulier condemnetur ad sibi reficiendum id, quod in ea alenda impendit, quia morosa fuit in solutione dotis, quo facto poterit mulier agere aduersus hæredes mariti, & obtinere eos condemnari ad reficiendū sibi damnum, quod propter eorum moram sensit, illud nempè, quod marito coacta fuit dare propter eorum moram in restitutione dotis.

Fructus rerum mobilium seque mouentium, qui intra annum ad restitutionis dotis concessum percipiuntur, an sint mulieri restituendi ad l. vnicam, §. cum autem in actione, vers. sin autem supersederit, C. de rei vxor. act. *Cap. XLII.*

1 D*Os si pondere, numero, vel mensura contineatur, annua, bima, trima die reddetur; nisi si, vt præsens reddatur, conuenerit, reliquæ dotes statim redduntur.* Sūt verba Vlpiani in fragmentis tit. de dot. Placuit tamē Iustiniano hoc ius immutare; statuit enim, *vt exactio dotis celebretur, non annua, bima, trima die, id omnimodò intra annum in rebus mobilibus, vel se mouentibus, vel incorporalibus; cæteris videlicet rebus, quæ solo continentur, illicò restituendis,* vt constat *ex l. vnica, §. cum autem, C. de rei vxor. act.* quapropter dubitatur, numquid maritus, vel hæredes eius, fructus, & emolumenta, quæ ex rebus, quæ solo non continentur percipiunt, intra annum dilationis sibi pleno iure acquirant, ita vt non veniant in restitutione dotis, qua in re altercantur

nostri;

noſtri; marito enim acquiri ſcribunt multi, quos refert, & defendit Petrus Barboſ. *in l. 2. prima par. princip. ff. ſolut. matr. a num. 5. vſque ad num. 16.*

2 Contrariam ſententiam alij ſequuntur, de quibus Barboſ. *loco allegato, num. 5.* quam ſententiam defendunt Zaz. *lib. 2. Singul. reſponſ. c. 3.* Ioann. Garſ. *de expenſ. & melior. c. 4. a nu. 30.* D. Fachin. *lib. 3. controu. c. 47.* & iure meritò, nam cum titulus dotis ſit temporalis, durat nempè quouſque matrimonium ſubſiſtit, conſequens eſt, maritum, vel hæredes eius, ſoluto matrimonio, abſque titulo retinere huiuſmodi res, quod clarè probat Iuriſcõſultus *in l. 1. ff. pro dot.* dum quærens, an vſucapio pro dote ſoluto matrimonio habeat locum, negatiuè reſpondet dicendo. *Cæterum ſi ceßet matrimoniũ Caſſius ait, ceſſare vſucapionem, quia dos ei nulla eſt,* de cuius textus ſenſu dixi lib. 3. c. 2. prope finem; & ideò DD. communiter docent, mulierem vel hæredes eius ſoluto matrimonio, ſtatim dominiũ rei dotalis acquirere. vide Bald. Nouel. *de dot. par. 8. priuileg. 6. num. 12.* & Barboſ. *loco ſuprà allegato, num. 71. verſ. non obſtat.* Surdum *deciſ. 211. num. 13.*

3 Itaque neceſſarium eſt, vt noua conſtitutione introducatur, vt fructus non reddantur, nam ſecundum regulas iuris omnino reſtituẽdi ſunt, cum ſint percepti ex re aliena ab eo, qui ſcit, eam alienã eſſe.

4 Conſtitutio autem non extat; nam Iuſtin. lex dilationem quidem conceſſit, fructus autem nullo modo concedit; immò expreſsè, eos reſtitui iubet, eius verba hęc ſunt. *Sin autem ſuperſederit res mobiles, aut ſe mouentes, vel incorporales poſt annale, tẽpus reſtituere, vel cæteras res ſtatim poſt diſſolutum matrimonium etiam vſuras æſtimationis omnium rerum, quæ extra mobiles ſunt vſque ad tertiam partem centeſimæ ex bona fide introducendas, maritus præſtet.* Perpende illa verba *etiam vſuras æſtimationis*, & intelliges Iuſtinian. nõ ſolum iubere eum qui in reſtitutione dotis moroſus eſt vſuras ſoluere, ſed etiã fructus ex re perceptos; nã dictio *Etiam* oſtendit aliquid aliud præter vſuras reſtitui oportere, & per conſequens fructus ex re perceptos.

5 Pergit deindè Iuſtinianus, & ait, *Fructibus rerũ immobiliũ, videlicet parti mulieris ex tẽpore diſſoluti matrimonij reſtituendis.* His verbis oſtendit Iuſtin. mulieri fructus rerum immobilium a die diſſoluti matrimonij debere reſtitui; ſed quia dubitari poterat, an idem iuris eſſet in rebus, quæ maritus per anni ſpatium retinere poteſt, ſubdit hæc verba. *Similique modo penſionibus, vel vecturis nauium, ſiue iumentorum, vel operis ſeruorum, vel quæſtu ciuilium annonarum, & alijs, quæ ſunt eis ſimilia parti mulieris reſtituendis.*

Si ergo ſimili modo reſtituendi ſunt hi fructus, ergo ex die diſſoluti matrimonij reſtituuntur, cum ex eo tempore fructus fundi dotalis mulieri reſtituantur, non quidem cum vſuris, ſed eo modo, quo fructus fundi reſtituuntur a die ſoluti matrimonij.

6 Reſpondent aduerſarij, ſimilitudinem in hoc conſiſtere, quod ex die moræ reddantur fructus harum rerum, eo modo, quo fructus fundi dotalis reſtituuntur ab hæredibus moroſis, cum itaque mora in rebus mobilibus non committatur, niſi poſt annum anteacti temporis fructus eſſe reſtituendos; ex hoc loco non poterit colligi.

Vt huius reſponſionis vim, ex qua tota hæc diſputatio pendet, penitus diſſoluamus, meminiſſe oportet eius, quod paulò ante probaui, fructus ſecundum iuris regulas, eſſe parti mulieris reſtituendos; itaque vt ab hoc iure recedamus, oportet conſtitutionem oſtendere, ex qua hoc beneficium marito fuerit indultum, cauſamque idoneam oſtendere, cur id fieri deberet; in rebus enim nouis condendis euidens vtilitas eſſe debet, *l. 4. de conſt. Princ.* cumque Iuſtinianus non ſoleat ſine præfatione iura, quæ nouè introduxit proponere, non eſt credendum per hanc legem, quæ commodiſſimè pro altera parte allegari poteſt, id introduxiſſe, maximè cũ res plane noua, & omninò inſolita ſit; nullibi enim legitur dilationem conceſſam debitori, qui ſecundum legum tenorem reſtituere rẽ debet, fructuum lucrum afferre; audi Iuriſcõſultum *in l. 3. ff. de vſur.* dum agit de eo, cui poſt rem iudicatam dilatio ad reſtituendam conceſſa fuit. *Cum ea temporis intercapedo, iudicato dilationem dare, non lucrum afferre debeat.*

Agebatur inſuper de vtilitate mulierum, pro quibus ſexcentas conſtitutiones aduerſus iura antiqua Iuſtinianus introduxit; & ideò non eſt veriſimile, eum aduerſus eas nouum ius per tacitos, & ſubauditos intellectus introducere voluiſſe.

Non debemus ergo textum prædicto modo intelligere, ſed eo modo, quo ſupra expoſui, ne Iuſtinianum reprehenſione dignum reddamus, qui error eo maior redderetur, quòd in eadem Conſtitutione multa alia diſertè explicauit, quæ prętermitti poterant, *vt in principio eius verſ. ſi enim, & in §. & vt plenius, verſ. ſiue, &c. & verſ. ſicut, & verſ. nihil probibet, & in §. primum, verſ. cum manifeſtiſſimum, & in §. igitur, & in alijs eius Conſtitutionis locis, quos facilè eſt animaduertere.*

7 Et eo libentius prædictum ſenſum retinere debemus, quia eſt ex mente Tribuniani, & ſociorum; ſi enim hunc locum aliter intellexiſſent, vtique non inſeruiſſet *in ff.* (quorum compilatio poſt hanc cõſtitutionem facta fuit, vt ex datis liquet) *l. diuortio, §. non ſolum, tit. ſolut. matrim.* Ex hoc enim loco clarè habetur fructus rerum mobilium ſoluto matrimonio perceptos parti mulieris eſſe reſtituendos, dum docet, maritum harum rerum fructus integros non percipere eo anno, quo matrimonium ſoluitur, ſed pro rata temporis; hinc enim clarè ſequitur multò minus eam facere fructus ſuos, quos poſt prædictum tempus percepit; cuius textus vim non
8 euitat Barboſ. dum diſtinguit inter fructus natos durante matrimonio, & eos, qui ſequenti anno nati fuerunt, quia hæc diſtinctio nec ratione, nec lege probatur; quod enim ait, dilationem a lege conceſſam efficere, vt fructus ea durante ſint, mariti eſt contra rationem, de qua *in l. 3. ff. de vſur.* ius enim non patitur, vt tempus, quod ex benignitate conceditur, præter damnum, quod debitori ex natura rei affert, iacturam etiam fructuum afferat, & ideò hoc cuipiã fuiſſe conceſſum in iure noſtro nõ legi-
9 tur. Nam textus *in l. 7. C. de execut. rei iudic.* qui ad hoc probandum adduci ſolet, duas habet partes: in prima agit de æſtimatione rei, quæ perijt poſt rem iudicatam: in ſecunda tractat de fructibus, quò ad æſtimationẽ; verum eſt, eum exigere reum calumnioſè

niosè executionem impedire vt teneatur æstimationem rei, quæ perijt post rem iudicatam, præstare, quò ad fructus verò nihil tale exigit; immò velut rem diuersam eam tractat, dū ait, *Animalia quoque* &c. Quæ expositio necessaria est, quia cōstat solam contestationem litis sufficere, vt possessor ad fructus condemnetur, *l. certum, C. de rei vend.*

10 Pro eadem sententia afferūtur alij loci, qui ideò non probant, quia non agunt de eo debitore qui cū secundum iuris regulas rem restituere teneretur, ea benignitate dilationem ad id faciendū obtinuit.

Postremò ne prædicto modo hunc textum intelligamus, efficit alius eiusdem l. locus *in §. cumque ex stipulatu*, dum ait, *Fetus autem iumentorum, & omnium, quæ fructuum nomine continentur ad lucrum mariti pertinent pro tempore matrimonij, siue æstimata, siue non æstimata sunt.* Si fructus pertinent *pro tempore matrimonij*, ergo intra tempus dilationis ad eum non spectabunt; tunc enim non adest matrimonium, ergo verba prædicta eo modo, quo diximus intelligenda sunt; alias Iustinianus iterum grauiter peccauisset obscuritati, quæ in prioribus verbis continebantur, nouas tenebras inducens, scribendo hoc loco indistinctè, & generaliter fructus pertinere ad maritum pro tempore matrimonij; hoc enim secundum vim verborum clarè significat, maritum fructus suos durante d. dilatione non facere. Et ea his omnia dissolui possunt, quæ contra nostram sententiam aduersarij disputant.

Vidua an sint præstanda alimenta intra annalis temporis spatium, quo dotem in rebus soli non consistentem ex Constitutione Iustiniani apud se retinere possunt hæredes mariti ad l. vnicam, §. cum autem, C. de rei vxor. act. *Cap. XLIII.*

1 TRes sunt hac de re opiniones, prima negat, secunda affirmat, tertia distinguit. Negatiuā sententiam, soluto matrimonio alimenta viduæ non deberi sequuntur Petr. de Bellapert. *in l. vnica, §. exactio, q. 6. C. de rei vxor. act.* Cynusque ibi, & Ias. *in l. diuortio, in princ. nu. 18. ff. solut. matr.* nec non Fulgos. *in l. final. C. de bon. mater.* vbi Arius Pinell. *num. 8.* & hanc veriorem esse profitetur Abb. *in cons. 39. num. 5. lib. 2.*

2 Affirmant verò indistinctè alimenta viduæ deberi Dec. *in l. de alimen. numer. 6. vers. & absolutè etiam, C. de transact.* Socin. *in l. diuortio, in princip. num. 16. ff. solut. matr.* & alij de quibus Petr. Barbos. *in l. 2. in princip. in prima par. num. 17. vers. contrariam tamen opinionem, ff. solut. matr.*

3 Distinguit verò Accurs. *in l. vnica, §. exactio, C. de rei vxor. act.* aut mulier habet vnde se alat, aut non habet. Primò casu alimenta hæredes mariti præstare non tenentur. Secundò verò tenentur, & hæc sententia apud nostros est frequentissimis recepta suffragijs. vide DD. *in l. diuortio, in princip. ff. solut. matr.* Surd. qui plurimos refert *de alimen. tit. 1. q. 44. num. ij.* Petr. Barbos. *loco suprà allegato num. 16. 17. & 20. vers. & hæc de prima conclusione.*

4 Negatiuæ sententię adhæreo ex eo motus, quòd secundum regulas iuris non tenentur hæredes mariti, mulierem, de qua agimus, alere, quia onus alēdi ex sanguinis coniunctione oritur, *l. 5. §. vtrum, vers. & cum ex æquitate, ff. de liber. agnosc.* necesse est ergo aduersarijs ostendere causam idoneam, cur ab hac regula recedere velint, cum nulla extet lex, quæ hoc ius introduxerit, quod nemo eorum, quem ego viderim hucusque effecit.

5 Nam qui dicunt, alimenta deberi, quia ipsi retinent dotem, quæ eius patrimonium est, & ex qua ali debet, non sunt audiendi, quia Iustinianus in *l. vnica, §. exactio, C. de rei vxor. act.* vbi concedit facultatem retinendi dotem, de qua agimus intra annum luctus, nullam de alimentis mentionem facit, quod vtique non omisisset, cum secundum regulas iuris hæredes mariti ea eo quod dotem retinebant penès se, mulierem alere non tenerentur, *l. Fulcinius, ff. ex quib. caus. in poss. eat.* vide Surd. *tit. 1. q. 110.* quod eo magis exprimendum erat, quia olim intra tempus dilationis ad dotem restituendam concessæ, hæredes mariti ad alimenta huiusmodi non tenebantur, & quia Iustinianus solitus est pluribus verbis ea exponere, quę a nouè introducit, vt ex eius legibus liquet, & ea illamet Cōstitutione, in qua multa disertis verbis explicauit, quæ non egebant explicatione, vt ostendi in antecedenti capite num. 6. in fin.

6 Alij dicunt, mulieri alimenta deberi, quia fructus dotis pertinent ad hæredes mariti intra annū luctus; Non rectè. Primò, quia id falsum est; tenentur enim hæredes eos restituere, vt ea posui in antecedenti capite. Secundò, quia, cum dos consistit in pecunia, nullus ea ea percipitur fructus; neque dicas, tunc lucrum percipi posse ab hæredibus pecuniam exercendo, quia vt hæc replicatio habeat locū, supponendū est. Primò, hæredes habere dotē in numerato. Secūdò, eos esse industrios, & solitos pecunias exercere. Tertiò, quod se se obtulerit occasio emēdi merces, vel aliquid simile, ita vt, elapso anno facile sint pecuniam habituri, & eā restituere possint &c. quæ adeò difficile coadunantur, vt Iustinianus, qui ad id, quod plerumque accidit respiciebat, non debuerit huius rei rationem habere.

7 Non desunt, qui dicunt, dotem mulieris patrimonium esse, ea qua ali debet, & ideò hæredes mariti, qui illam habent, alimenta debere ei subministrare; Non rectè. Nam in primis animaduertendum est, quod si hæc ratio valeret, non aliter deberent hæredes alimenta præstare, quam eo modo, quo ipsa ex ea alimenta consecuta fuisset, si dotem recuperasset, itaque cum dos in quantitate consistat, non aliter tenerentur alimenta præstare, & integram dotem reddere, quàm si probauerit potuisse ea ea se alere salua forte cogendos.

8 Secundò animaduertere oportet, olim longiorē dilationem fuisse concessam ad restituendam dotem in pecunia consistentem, quam ad anni tempus redegit Iustinianus, & cum nullibi legatur, potuisse mulierem ea durante petere alimenta ab hæredibus viri, non est dicendum Iustinianum, qui hanc dilationem fecit breuiorem, id introduxisse, cum nullum de hac re verbum faciat.

Respondeo ergo, argumento negando consequentiam. Ratioque negationis est, quia tunc demum mulier ex suo patrimonio sibi alimenta præstat, cum apud se est; quod si apud alium legis permissu manserit, idem ius non obseruabitur, sicut in alijs

alijs accidit, quorum res apud alios ſunt, cum enim a detentore ſuorum bonorum non petant alimenta, cur id vxori permitti debet abſque legis auctoritate?

Alij conſiderant paupertatem mulieris pro idonea cauſa petendi alimenta, ſed non rectè; ſi enim paupertas ſufficeret, vtique omnibus pauperibus creditoribus alimenta deberentur, quod nemo aſſerit, cum nullibi cautum reperiatur, & a iuris ratione abhorreat, plus exigi, quàm debeatur, maximè ab eo, qui non eſt in mora.

9 At dicunt aduerſarij, cogetur mulier in dedecus mariti mendicare. Reſpondeo, eam poſſe pecuniã mutuò accipere, vel res dilata ſolutione emere, vel apud coniunctam perſonam degere, vel aliquas ex rebus ſuis apud montem Pietatis deponere, vel eas vendere.

10 Si receptam ſententiam, quæ mulieri pauperi alimenta concedit, tueri velis, caueas ne onere reſtitutionis fructus, & alimentorum hæredes oneres, quia qui hanc tutantur opinionem tribuunt fructus hæredibus mariti quouſque dilatio annalis durauerit.

11 Cauè etiam, ne mulieri habenti patrem, vel matrem diuites, hæc alimenta tribuas, quia cum hi ad eam alendam teneantur, pauper ad effectum, de quo agimus, dici non poteſt; nec dicas teneri parentes alere filios in ſubſidium, ergo non poſſunt cogi alere mulierem, quæ ab hæredibus mariti alimenta conſequi poteſt; quia replicabo, hæredibus mariti alendi onus imponi propter paupertatem mulieris, ergo cum hoc in caſu mulier non ſit pauper, eis onus alendi non eſt inijciendum. Dum ergo dicitur ex aduersò filium, qui habet vnde ſe alat, non poſſe cogere patrem. Reſpondeo, hoc non accidere in muliere, de qua agimus; quia cum diuitiæ parentũ efficiant, ne pauper ſit, impediũt, ne aduerſus hæredes agere poſſit; hi enim propter ſolam paupertatem mulieris alimenta pręſtare coguntur, & ita ſentiendum eſt; licet aliter viſum fuerit multis, quos recenſent, & ſequuntur Surd. *de alimen. tit.* 1. *q.* 44. *num.* 40. & Barboſ. *in l.* a. *in prima par. princip. num.* 23. *ff. ſolut. matr.*

12 Sed quid ſi dos modica ſit, vtrum alimenta præſtare teneantur hæredes mariti vltra id quod mulier ex ea percipere poſſet aliquid fructiferum comparando? & affirmant nõnulli, quos ſequitur Surd. *vbi ſuprà, nu.* 32. quibus non poſſum aſſentiri, quia nulla cauſa idonea afferri poteſt, cur mulier plus emolumenti ex dote ſua percipiat, quàm perceptura eſſet, ſi reſtituta fuiſſet, quod enim ex aduersò dicitur, hæredes mariti perſonam repręſentare nihil eſt: repręſentatio enim defuncti non pertinet ad ea, quæ cum perſona eius extinguuntur; & ideò non pertinet ad rem noſtram, in qua per mortem viri, ſublatum eſt vinculum, propter quod maritus vxorem alere tenebatur, ſcilicet matrimonium.

Hęredes mariti, an alant vxorem eius dote carentem, nec habentem vnde ſe alat. Cap. XLIV.

1 HAeredes mariti viduam non habentem vnde ſe alat, debere alere multi ſcripſerunt. Bald. *in l. fin. num.* 1. *C. de bon. mater. & ibi* Caſtr. *num.* 2. Caſtr. *in l. diuortio, num.* 8. *ff. ſolut. matr.* & alij, de quibus Petr. Barboſ. *in l.* a. *in prima par. princ. num.* 36. *ff. ſolut. matr.* eandem probauit Surd. *de alimen. tit.* 1. *q.* 44. *num.* 44. *verſ. prima tamen opinio, & num.* 66.

2 Mouentur primo *ex l. final. C. de bon. mater.* dum ait, mulierem, quæ vidua eſt videri in priori matrimonio eſſe, ergo ei debentur alimenta eo modo, quo debebantur durante priori matrimonio.

3 Secundò inquit Fulgoſ. cum vir inops eſt, ex dote mulieris alimenta conſequitur, quia non conuenitur, niſi inquantum facere poteſt, *l. maritum, ff. ſolut. matr.* ergo è contra mulier debebit ex bonis viri conſequi alimenta, cum inops eſt, neque enim ratio patitur, in hac re meliorem eſſe viri, quàm mulieris conditionem.

4 Tertiò cauendum eſt, ne mortuo viro aliquid turpe in obbrobrium prioris matrimonij introducatur, *l.* 2. *ff. rer. amor.* quia anima mariti contriſtaretur; ergo non ſunt deneganda alimenta viduę, cum vnde ſe alat, non habet, ne cogatur mendicare in defuncti viri dedecus.

5 His minimè obſtantibus contrarium rectiſſimè ſentiunt Rom. *in l. diuortio, num.* 17. *ff. ſolut. matr.* vbi Iaſ. *num.* 26. Theſaur. *deciſ.* 44. *num.* 3. & alij, quos refert & ſequitur Petr. Barboſ. *in l.* a. *in prima par. princip. nu.* 36. *verſ. ſed his non obſtantibus, ff. ſolut. matr.*

Fundamentum huius ſententiæ eſt, quia nullibi cautum reperitur, viduam, de qua agimus, poſſe ex bonis mariti alimenta petere, quod tamen neceſſarium eſt oſtendere, quia nec coniunctio ſanguinis, nec aliud vinculũ extat, ex quo onus huiuſmodi, ſecundum iuris regulas, deduci poſſit.

6 Nam quod pertinet ad matrimonium illud per mortem diſſolutum fuit, & ideò *in c. final. de ſecũd. nupt.* ex Diuo Paulo legimus, mulierem per mortem viri, lege eius omninò ſolutam eſſe. Itaque quod dicitur *in l. final. C. de bon. mater.* viduã permanere in eodem matrimonio, ſi ad ſecundas nuptias non tranſierit, per figuram, & metaphoram dicitur, & ideò non poteſt ad rem noſtram trahi, vbi verum, & non metaphoricum matrimonium requiritur; agimus enim de alimentis viduæ ab hęredibus mariti præſtandis, de qua re quando agitur, vinculum naturale conſideratur, *l.* 5. *§. verum, verſ. & cum ex æquitate, ff. de liber. agnoſc.* maximè cum agitur de hæredibus eius, ex cuius perſona vinculum deducitur. vide textum *in d. l.* 5. *§. etenim reſcriptum eſt.*

7 Nec in contrarium vrgeas, matrimonium etiã ſi diſſolutum fuerit, eſſe ſatis, vt mulier retineat domicilium per nuptias contractum, *l. filij libertorum, ff. ad municip.* dignitatemque ex perſona viri contractam, *l. fœminam, in fin. ff. de Senat.* quia ex his, quæ nulli damnum afferunt, argumentum nõ poteſt deduci in quæſtione noſtra, in qua de re magnum damnum afferente hæredibus viri agitur; nõ licet enim arguere de minori ad maius affirmatiuè, maxime, quando agitur de re a ratione iuris abhorrente, *l. quod verò, ff. de legib.*

8 Ad ſecundum argumentum reſpondeo, negando conſequentiam, alias ſequeretur, quod mulier

inops

inops ex bonis soceri posset consequi alimenta, cũ ipse idem habeat priuilegium, ne conueniatur ad restitutionem dotis, nisi quantum facere potest, *l. rei iudicatę, 16. §. final. & l. seq. ff. solut. matr.* Idem quoque esset tribuendum alijs, qui eodem beneficio fruuntur, de quibus *in l. sunt qui in id 16. cum multis seqq. ff. de re iudic.* quod dicere absurdum esset, & ridiculum, ideò autem hæc consequentia non valet, quia hoc beneficium conceditur duplici ex causa, vel propter reuerentiam personæ, vt marito, socero, patrono, vxori, vel ratione contractus, cuius virtute agitur, vt societatis, vel donationis, neque enim natura societatis, quæ fraternitati æquiparatur, vel donationis, quę liberalitas est patitur, vt socius vel donator cõueniatur vltra id, quod facere potest. Itaque non potest deinde inferri, quod in argumento continetur, quia tunc cessat reuerentia, quæ priuilegium tribuit, *iux. l. alia causa 15. §. 1. ff. solut. matr.* illa enim tunc offenditur, cum culpa vxoris maritus in egestatem labitur, vel è contra.

9 Ad tertium respondeo, huiusmodi rationem conuenientiam quandam continere, sed non esse talem, quæ sic facere nos cogat, nullibi enim huius rei in iure nostro fit mentio, immò prædicta ratio in contrarium retorquetur, cum enim maritus nihil vxori reliquerit, etiamsi sciret, eam non habere vnde se aleret, signum est, quod de ea non fuit solicitus.

At dices, post mortem viri perijt dos mulieris, & tunc desijt habere vnde se aleret. Respondeo, hunc esse casum valde singularem, cuius propterea ratio haberi non debeat in quæstione generaliter proposita; si tamen inciderit, non muto sententiam ex ratione suprà allegata, quòd hæc ratio conuenientiam quandam contineat, & persuasionem, necessitatem autem iuris non habeat.

Statutum de lucro dotis an habeat locum in rebus, quas vsus sui gratia mulier ad ædes mariti attulit. Cap. XLV.

1 Solent multis in locis, & præcipue in patria mea, mulieres, dum ad ædes mariti traducuntur, multa vsus sui gratia ferre, quæ nominatim non dant marito in dotem, & ideo dubitatur, an in his habeat locum statutum de lucro dotis constitutum, de qua re agunt Rol. *de lucro dotis, quęst. 50.* Cagnol. *in l. eũ principalibus, de reg. iur.* Thesaur. *decis. 195.* Fab. Turrett. *cons. 6. a num. 26. lib. 1.*

2 Difficultas in eo consistit, an hæc bona velut additamentum dotis censeri debeant, quia si hoc admittimus, in illis locum habet statutum, videmus enim pactum de lucro dotis factum, quod strictius accipitur quam statutum *l. veteribus, ff. de pact. l. quicquid astringenda, de verb. obligat.* in huiusmodi additamento locum habere *l. inter socerũ, §. inter, ff. de pact. dot.* Si verò secus erit, non est cur quis affirmet statutum, quod de dote agit, habere locum in rebus, quæ nec dos, nec pars, aut additamentum dotis sunt.

Et licet Ioann. Anan. *cons. 36.* Alexan. *consil. 27. num. 10. lib. 5.* & quidam alij putauerint huiusmodi res partem dotis esse, contrarium tamen non obscure significat Vlp. *in l. si ergo 10. §. planè, de iure dot.* dum inquit,

Planè si rerum libellus marito detur, vt Romæ vulgò fieri videmus; (nam mulieres res, quas solent habere in domo mariti, neque in dotem dant, in libellum solent conferre, cumque libellum marito offerre, vt is subscribat, quasi res acceperit, & veluti chirographum eius vxor retinet, res, quæ in eo continentur in domum eius se intulisse) hæ igitur res, an mariti fiant, videamus, Et non puto, non quòd ei non tradantur, (quid enim interest inferrantur volente eo in domum eius, an tradantur?) Sed, quia non putem hoc agi inter virum, & vxorem vt dominium ad eum transferatur, sed magis, vt certum sit in domum eius fuisse illatas, ne si quando separatio fiat, negetur.

Agit I. C. de illismet rebus, de quibus agimus, & negat eas mariti fieri, quia pleno iure vxoris manent, non sunt ergo pars, aut additamentum dotis, quia tunc nõ essent pleno iure vxoris. Ait præterea I. C. mulierem repetere non posse bas res actione de dote, igitur non pertinent ad dotem, quomodo enim fieri potest, vt id, quod ad dotem specta t eius actione non repetatur? cessat autem hæc dubitatio in patria mea, nam lib. 5. cap. 42. nominatim defertur lucrum harum rerum marito.

Statutum de lucro dotis, an habeat locum in dote præsumpta. Cap. XLVI.

1 In dote, de qua per coniecturas solum constat non habere locum statutum de lucro dotis censent Alexand. *consil. 122. num. 8. & 9. lib. 7.* Corn. Curt. Ias. Ruin. Brun. Campeg. Paris. de quibus Menoch. *de præsumpt. lib. 1. quæst. 47.*

Quibus se & alij plures opposuerũt, quos sequũtur, & recensent Tiraq. *in l. si vnquã, in verbo donatione, nu. 170. C. de reuoc. don.* Rol. *de lucr. dot. q. 75.* Phanut. *eodem tract. gloss. 10. num. 7.* Menoch. *loco allegato, num. 13.*

2 Affirmatiua opinio verior est, & receptior, nam id, de quo per præsumptiones constat verum esse creditur, ac si per confessionem partis, testibus, aut instrumentis de eo cõstaret, vt exposui lib. 5. c. 38. & ideò nulla causa est, cur eximatur ex dispositione statuti indistinctè loquentis.

3 Huius autẽ receptioris sententiæ nonnullæ proponuntur limitationes, quas examinare oportet. Prima est ea, de qua per Menoch. *d. q. 47. nu. 14.* vt non habeat locum in statuto deferente lucrum dotis aduersus dispositionẽ *l. hac edictali, C. de secund. nupt.* ea ratione motus, quòd huiusmodi statutum sit strictè, & propriè accipiendum, quod ideò non consistit, quia strictissimè, & proprijssimè loquẽdo dicitur dos, illa, de qua per idoneas pręsumptiones constat, cum ad rei gestæ probationem præsumptiones non minus, quam testes, aut instrumenta sufficiant, vt exposui lib. 5. cap. 37.

4 Secunda limitatio est illa, quam post Ias. *consil. 50. lib. 1.* Osasc. *decis. 21. nu. 14.* Phanut. *d. gloss. 10. num. 11.* proponit Menoch. *num. 15.* vt non habeat locum, quando statutum extat, vt verba statutorũ intelligantur ad litterã, & prout iacent, aiunt enim ex littera statuti non colligi id, quod per præsumptiones constat.

N Hæc

Hæc limitatio non ſubſiſtit, quia diſpoſitio ſtatuti iubentis ſtatuta ad litteram intelligi, reſpicit vim, & poteſtatem ipſius ſtatuti, non autem ea, quæ extrinſecus veniunt ad probationem eorum, quæ in ſtatuto nominantur.

5 Duo ſunt, vt rem clarius explicem, de quibus, quò ad rem noſtram, poteſt dubitari circa ſtatutũ. Primò, quæ ſit ſententia ſtatuti. Secundò, an verificatæ fuerint qualitates ab eo requiſitæ. Cum de ſententia ſtatuti agimus, tunc non aliundè explicanda ſunt verba, quã ex cortice ipſorum, quia iubet ſtatutum ad litteram, & prout iacent ſtatuta intelligi. Cum verò de qualitatibus a ſtatuto requiſitis tractamus, de eius ſententia non agimus, ſupponimus enim conſtare de ea, ſed ſolum inquirimus, an actor ſuam impleuerit intentionem, quod cum neceſſariò legitimis probationibus fieri debeat, perperam nobis obijcitur, quod extrinſecus eas afferramus, cũ ex ipſo ſtatuto nobis ſuminiſtari nequeãt. Quod ſi hoc nobis obſtat, cur nõ reſiſtit illis, qui teſtibus, inſtrumentis, aut confeſſione partis dotẽ probant, cum hæc omnia extrinſecus veniant?

6 Tertiò limitatur, vt non procedat, quando ſtatutum de dote data loqueretur, ita ſcribunt Angel. Caſtr. & alij, de quibus Menoch. *d.q.47. num.* 16. quibus ſe ſe apponunt Ruin. *conſil.90. num. 4. in 4.* Socin. iun. *conſ. 8. lib.2.* Phanut. *d. gloſſ.* 10. *num.* 11. & iure meritò, quia cum per idoneas coniecturas de dote conſtat rectiſſimè, & veriſſimè dicimus dotem datam eſſe, ſi enim iudex non crederet dotem datam eſſe non condemnaret maritum ad eius reſtitutionem, quod ſi in præiudicium mariti dos verè data cenſetur, cur aliud, cum de eius vtilitate agitur, cenſendum erit?

Huc pertinet receptiſſima noſtrorũ traditio, qđ lex loquens de caſu verò habeat locum in caſu, de quo per præſumptiones cõſtat; videas Menoch. *de præſumpt. lib. 1. d.q.47.* & ea quæ ſcripſi lib. 5. c. 38.

7 Supereſt quarta limitatio, vt non habeat locum, cum ſtatutum loquitur de dote promiſſa, ſic enim docent Ruin. *conſ.61. vol. 5. lib.3. & conſ. 151. lib. 5.* Rol. *de lucro dotis q.76.* Phanut. *d. gloſſ.* 10. *num.* 11. Menoch. *d.q.47. num.* 17. aduerſus quam, præter ea, quæ contra præcedentem limitationem adduximus, illud vrget, ſtatuti auctores ad ampliandam eius diſpoſitionem nominatim dotem promiſſam meminauiſſe, voluerunt enim tollere, dubitationẽ quę inter DD. magnis contentionibus tractatur, an ſtatutum de lucro dotis habeat locum in dote promiſſa, qua de re egimus li. 3. c. 5. neque enim quod ad ampliandum introductum eſt reſtringendi vim habet.

Aduerſus quam ſententiam alia etiam ex dictis adferre poſſent, ſed ſuperſedeo.

Maritus, qui duxit vxorem nulla facta mentione dotis, An poſſit eam cogere, vt ſibi dotem conſtituat ſi diues ſit, &, An minor, cui ab vxore fuit parua dos conſtituta reſtitui poſſit in integrum. Cap. XLVII.

1 CVm mulier nubit, nulla conſtituta dote marito, an cogi poſſit, ſi diues ſit, dotem conſtituere, non eſt inutile explicare, & eam cogi poſſe ſcribunt Bald. *in l. final. num. 8. verſ. pone, C. de ſent. quæ ſin. cert. quant. & in c. iurauit, num. 3. in fine de probat.* Surd. *de alimen. tit. 2. q. 32. a num. 12.* vbi *ſub num.* 15. pro eadem ſententia affert Lup. *in c. per veſtras, in 3. notab. §. 2. num. 2. extra de donat. int. vir. & vxor.* Cordub. *in l. ſi quis a liberis, §. ſi quis ex his, num. 65. ff. de lib. agnoſc.* allegatur etiam pro hac opinione Seiſell. *in l. 1. ff. ſolut. matr. num.* 27. & Guibert. Coſtanus *de dote cap. 4.* idem ſcribit D. Gratian. *p. 2. diſcept. 236. num.* 12.

2 Fundamentum huius ſententiæ eſt huiuſmodi, iniquum eſt, maritum ſuſtinere ex ſuo patrimonio onera matrimonij, cum vxor diues eſt, vt not. gloſſ. *in Auth. de non eligen. ſecund. nupt. §. final. verſ. onera*, ergo maritus poterit cogere vxorem, quæ ſibi dotem non dedit, eam conſtituere, cum diues eſt, vt ex ea poſſit matrimonij onera ſuſtinere.

3 Hæc ſententia euidenter falſa eſt; nam ſi mulier cogi poſſet dotem hoc in caſu marito dare, oriretur, vel ex natura matrimonij, vel ex natura dotis, vel ex aliqua conſtitutione, quorum nullum verum eſt.

Natura matrimonij id non inducit, duplici de cauſa. Primò, quia ſine dote conſiſtere poteſt, *l. fin. C. de repud. l. cum multæ, C. de donat. ant. nupt.* Secundò, quia matrimonium non fit ad vtilitatem mulieris ſolùm, ſed ad commodum vtriuſque contrahitur; ergo ex natura eius non põt deduci, quod mulier hoc in caſu dotẽ dare cogatur; neque enim ratio patitur, vt onera matrimonij, quod ad duorum vtilitatem fit, ex vxoris bonis ſuſtineantur.

Maximè, quia re rectè perpenſa, maius commodum maritus ex vxore conſequitur, quam è contra; eius enim corporis poteſtatem acquirit, & ex ea liberos ſuſcipit; eius opera in tuenda domo, ac alendis liberis vtitur, ei denique mulier ſubijcitur, qua de cauſa nõn abſurdè feciſſe videntur pleræque gentes, apud quas vſus erat, vt vir, dum vxorem ducebat, non acciperet dotem, ſed aliquid ex ſuo patrimonio largiretur, quas commemoraui lib. 3. c. 7. num. 9.

4 Quod ſi generaliter verum hoc eſſe inficiaberis, id tamen negare non poteris in ſpecie, de qua agimus, eſſe veriſſimum; cum enim homines antequã ſponſalia contrahant, conſueuerint de dote conuenire; euidens eſt, eum, de quo agimus putauiſſe ſibi valdè expedire mulierẽ huiuſmodi ducere, alias ſibi dotem conſtituere curauiſſet antequam eam duceret ſecundum aliorum hominum morem.

5 Natura verò dotis manifeſtè marito aduerſatur; dos enim ſpeties eſt donationis, *l. cum multæ, C. de donat. ant. nupt.* ergo debet a ſpontanea voluntate proficiſci, quia donationis eſſentiæ reſiſtit, vt coactè fiat *l. donari, ff. de donat.* & licet pater cogatur dotem filiæ conſtituere, *l. qui liberos, ff. de rit. nupt.* non deſinit propterea verum eſſe, quod aſſerimus, quia non eſt maritus, qui tunc cogat patrem, ſed filia, cuius reſpectu non dicitur donatio, ſed reſpectu mariti, qui dotem accipit, vt contractum faciat, qui ſibi vtilis, & proficuus eſt. Cumque experientia doceat, mulieres alicui qui dotem non poſtulet nubere, cui non nuberent, ſi dotem peteret; quis nõ videt iniuriam fieri mulieri de qua agimus, cum cogitur dotem conſtituere, dicere enim iure poteſt; huic viro non nupſiſſem, ſi dotem petijſſet?

Cum

Cum ergo nec matrimonij natura, nec dotis, hanc poscat coactionem, sequitur necessarium esse aduersarijs, vt eorum opinio salua sit, ostendere constitutionem, quæ hoc introduxerit, quod tamē hucusque non fecerunt.

6 Secundò hæc sententia probatur *ex l. final. C. de repud.* vbi in primis sancit Iustinianus matrimoniū sine dotalibus instrumentis confectum validum esse; deinde ait. *Si quis autem eam, quam sine dote vxorem acceperat, a coniugio suo repellere voluerit, nō aliter ei hoc facere liceat, nisi talis culpa intercesserit; quæ a nostris legibus condemnatur.* Intelligit Iustinianus de illis, qui ex eo vxorem repudiabant, quia dotem non dederat, aliàs non erat, cur diceret; *quam sine dote vxorem acceperant*; omnibus enim mulieribus nuptis cætera, quæ in hac lege continentur competunt; si ergo olim homines ex eo solo vxorem repudiabant, quia dote carebat, sequitur non licuisse mulierem cogere ad dotem sibi constituendam, aliàs non libellum repudij misissent, sed eam in iudicio cōuenissent, vt dotem constitueret. Agit enim Imperator, etiam de illis mulieribus, quæ patrimonium habebant, vt in vers. eodem modo.

7 Tertiò pro eadem sententia vrget textus *in l. 1. C. de dot. promiss.* iuncto textu *in l. cum post, §. gener, ff. de iur. dot.* agitur *in d. l. 1.* de viro, cui in instrumento dotali mulier promiserat dotem dare, & quæritur, an aduersus vxorem agere possit; & respondet Imperator non posse, hac reddita ratione; *cum neque species vlla, neque quantitas promissa sit*, si enim mulier obligata esset dotem viro constituere, malè Imperator respondisset, quia tunc intelligeretur ea dos promissa, quæ vtriusque conditioni, ac dignitati conueniret, vt probat disertissimè tex. *in l. cum post, §. gener, ff. de iur. dot.* vbi cum dixisset Iurisconsultus, promissionem dotis, non expressa spetie, vel quantitate, factam a socero validam esse, respondet tacitæ obiectioni quæ oriebatur ex incertitudine eius, quod in dotem promissum fuerat, & ait, *Nec videri simile, quod fundo non demonstrato nullum esse legatum, vel stipulationem fundi constaret, cum inter modū constituendæ dotis, & corpus ignotum magna differentia sit.* Ratio enim differentiæ in hoc consistit, quod facta stipulatione, vel legato fundi non demonstrati, corpus, quod tradi debet, ignotum est, quia nulla est lex, quæ determinet, qualis quantusque esse debeat huiusmodi fundus, quod non accidit in dote respectu soceri; lex enim iubet, eum congruam dotem filiæ dare, & ideò dum dotem promittit, nihil incertum promittit, quia facile est quæ nam congrua sit dos, determinare; quod est illud, quod Iurisconsultus insinuat, dum post supradicta inquit. *Dotis enim quantitas pro modo facultatum patris, & dignitate mariti per auctorem constitui potest.* Atque ita hos textus rectissimè exposuerunt Hermanipulus *in Promptuario libr. 4. titul. 8.* Cuman. Socin. Ruin. Rip. Gammar. Alciat. Coras. Zaz. Duar. Conan. Balduin. Menoch. quos refert, & sequitur Pet. Barbos. *in l. 1. par. 3. num. 47. vers. sed illis reiectis, ff. solut. matr.* idē scripserunt Cuiac. *ad tit. C. de dot. promiss.* vbi testatur eodem modo hos locos exponere Græcos iuris nostri interpretes; idem Cuiac. *libr. 4. responsor.* Papin. *ad d. §. gener*, vbi repetit omnes iuris interpretes in hoc conuenire, eandem sententiam probauit D. Fachin. *lib. 8. contr. c. 75.* & nouissimè idem scribit eruditissimus I. C. D. Ioan. Ant. Bellon. *in disputat. de mand. iurisd. cap. 8. quæst. 2. num. 154.* Ita vt non sit verendum, hanc interpretationem apud recentiores iuris interpretes, esse communiter receptam, & ideò ab ea non est recedendum; quod libentius facies si probauero expositionem gloss. quam vetustiores sequuntur, euidenter falsam esse.

10 Ait gloss. *in l. 1. C. de dot. promiss.* inutilem fuisse dotis promissionem, quia obstabant duo. Primum, quod erat incerta. Secundum, quod per pactum nudum promissa fuerat; ne ergo duo specialia in eodem casu concurrerent Alex. Imp. respondet, promissionem inutilem esse, hæc explicatio euidenter ex textu ipso conuincitur; quia in eo non fit mentio, an per pactum nudum, an per stipulationem promissa fuisset; quod tamen perperam omissum fuisset si hac circunstantia deficiente, eius responsio non subsistebat.

11 Secundò, tempore Alexand. Imperatoris dos pacto promissa absque stipulatione nulla erat, id enim postmodum introductum fuit ex Constitutione Theodosij & Valent. Impp. vt constat ex *l. 3. C. de dot. promiss.* Ideò non erat, cur Alexander confugeret ad dotis incertitudinem, si absque stipulatione promissa fuisset, vt eam nullius esse momenti ostenderet.

12 Postremò, dum Iurisconsultus *in l. cum post, §. gener, de iur. dot.* probat dotis promissionem factam a socero, non expressa spetie, vel quantitate valere, non dicit, speciale esse in dote, vt incertitudo non noceat, sed probare nititur, promissionem huiusmodi non esse incertam, quod vtique non fecisset dotis incerta promissio valeret, quia omissa ratione clara, & euidenti, aliam minus claram in medium attulisset; iure meritò ergo prædicta gloss. interpretatio reijcienda est, quam præter suprà allegatos auctores alij reijciunt, de quibus Barbos. *vbi suprà num. 47. vers. reiecta igitur communi concordia.*

13 Concludo ergo mulierem, quæ nubit non constituta dote, non posse cogi a marito, vt eam constituat, etiamsi diues sit, quam sententiam explicitè firmat Barbos. *vbi suprà, num. 49. vers. infertur secundo.* Implicitè verò sequuntur omnes illi, quos paulò ante retuli, dum enim constituunt differentiam inter promissionem factam a socero, & a muliere, quia primo casu non est incerta, secundo verò incerta est, manifestè sentiunt vxorem non posse cogi aliquid dare marito, præter id quod promisit; si enim secus esset, ea dos intelligeretur promissa quę sit secundum conditionem viri eo modo, quo accidit in socero. Nec dando rem minimam in dotem liberaretur, vt eam facere posse, prædicti auctores concludūt, es quibus etiam destruitur distinctio, quam in hac re facit Bolognet. *in l. 1. ff. solut. matr. num. 148. vers. sed potest responderi.*

14 Et ex prædictis intelligere facilè possumus, quid sit dicendum de ea quæstione, quam mouet Odd. *de restit. in integrum quæst. 59. art. 2.* Nunquid minor 25. annis, qui duxit vxorem cum modica dote, sit in integrum restituendus. Ex prædictis enim sequitur, eum non esse restituendum, quia dotis datio pendet a voluntate mulieris, vel promissoris; est

enim in eorum poteſtate dotem dare, vel non dare; conſtat namque in illis, quæ ex voluntate aliena pendent, minori non eſſe ſuccurrendum, quia qui iure ſuo vtitur nemini iniuriam facit.

15 At dices. Læſus eſt minor, quia poterat aliam vxorem ducere, & maiorem dotem habere; ergo reſtituendus eſt. Reſpondeo, facultatem ducendi aliam vxorem non fuiſſe ei ablatam a promiſſore dotis, ſed eam ſibi abſtuliſſe, contrahendo matrimonium; & ideò promiſſor dotis rectiſſimè dicit, ego obtuli dotem, & ex mea voluntate pendebat eam augere, neque tu tunc me cogere poteras, vt eam augerem; nihil ergo tibi proderit reſtitutio, quia tibi nihil aliud tribuit præter id, quod amiſiſti; facultatem ergo cogendi me ad augendam dotem tribuere tibi non poteſt, quia eam nunquàm habuiſti; & ita ſentiendum eſt, quidquid contra ſcribat Odd. loco allegato, cuius rationes ex dictis corruunt.

Stipulatio dotis reſtituendæ filiæ, eiuſque filijs hæredibus, ac ſucceſſoribus, vel cui de iure, quomodo ſit intelligenda. Cap. XLVIII.

1 SI in inſtrumento dotali, in quo pater dotem dat filiæ, dotis reſtitutio promiſſa fuerit filiæ, eiuſque filijs, hæredibus, ac ſucceſſoribus, vel cui de iure, dotis recuperandæ actionem propriam patris eſſe cenſuit ampliſſima Rota Romana 29. Februarij 1616. coram R. P. D. Veroſpio in Romana dotis, vt conſtat ex deciſionibus Recentioribus eiuſdem Rotæ *p. 1. deciſ.* 708. ſequendo traditiones Bart. *in l. vxorē 39. §. teſtamento il 3. ff. de leg. 3.* Imol. *in l. poſt dotem, nu. 9. ff. ſolut. matr.* vbi Claud. de Seiſello *num.* 11. Caſtr. *conſ.* 11. *num.* 2. *verſ. ſed dicet aliquis, lib.* 1. Ruin. *conſ.* 186. *num.* 6. & 10. *lib.* 2. Gabr. *conſ.* 58. *num.* 15. 16. & 48. *lib.* 1.

2 Vt deliberare poſſimus an hæc opinio vera ſit, meminiſſe debemus, dupliciter, quò ad rem noſtram, poſſe patrem ſtipulari ſibi reddi dotem, liberè, & conditionaliter, ſi ſupererit tempore ſoluti matrimonij.

Cumque patre ſtipulante liberè ſibi dotem reſtitui, actio eius recuperandæ ita propria ſit patris, vt non poſſit filia ad eam aſpirare, niſi vt hæres patris, iuxta tradita per DD. *in l. 2. ff. ſolut. matr.* non poſſet excuſari notarius, quòd in reſtitutione dotis meminerit de filia, eiuſque liberis, ac hæredibus, ſi voluiſſet pater huiuſmodi actionem liberè ſibi ſtipulari, cum inſimul conſiſtere non poſſint, actionē dotis repetendæ omni caſu ad patrem pertinere, & dotem aliquo caſu reſtituendam eſſe filiæ, aut eius filijs, & hæredibus, ſi enim conuentum fuiſſet, ne vllo caſu dos ad filiā eiusque hæredes reuerteretur, ſtultus fuiſſet notarius eorū mētionē faciēdo in illa parte, in qua de ijs agitur, quibus dos reſtituēda eſt.

3 Si verò pater voluit ſibi dotem reddi ſi modò ſuperſtes erit tempore ſoluti matrimonij, cur notarius huius conditionis non meminit? nulla vtique ratio ſupereſt eius excuſandi, cum ex verbis nullū prorſus inditium appareat huius rei.

Inſuper cur de filia eiuſque hæredibus, ac ſucceſſoribus di ſertis verbis meminit, de patre verò adeò obſcurè tractat? Hoc nimium abeſt a conſuetudine notariorū, qui vt dubitandi occaſiones tollant verba multiplicare ſolent, & proindè non eſt veriſimile per illa verba cui de iure, notarium ſignificare voluiſſe dotem patri reſtitui debere.

4 Melius itaque eſt aliam afferre interpretationē, quæ commodior ſit, conſuetudinique & muneri notariorum magis conueniat, quod conſequemur, conſiderando varios caſus, qui circa reſtitutionem dotis ex perſona filiæ poterāt incidere, veluti quod filia viro ſupereſſet, vel è contra, quod liberos hæredes inſtitueret, aut extraneos, quodque titulo ſingulari ius dotis exigendæ in alium transferret, cum itaque notarius vellet ſpecialiter omnes huiuſmodi caſus exprimere, nominatim meminit de filia, eiuſque liberis, & ſucceſſoribus vniuerſalibus, & quia longum nimis fuiſſet ſpecialiter nominare modos, quibus titulo ſingulari ius dotis exigendæ alicui filia tribuere poterat, ipſos ſub illa ampliſſima clauſula, vel cui de iure pertinuerit, non incommodè comprehendit.

5 Conuenit hæc expoſitio cum conſuetudine notariorū, ipſi enim ſolent, ea quæ ſub verbis vniuerſalibus continentur explicitè nominare, eaque nominatim exponere, quę ex legis diſpoſitione ſubintelliguntur. Econtra diligenter obſeruant, ne ſpeciales conuentiones per clauſulas generales exponant, aut per ea verba, quæ commodius in alium ſenſum trahi poſſint.

Conuenitque valdè, cum mente patris hæc expoſitio, neque enim paſſus fuiſſet de filia, eiuſque liberis, ac ſucceſſoribus nominatim mētionem fieri, ſui verò mentionem explicitam non fieri, ſolent enim homines cura re diligenter, vt claris verbis ea exponantur, quæ ſibi proſunt.

6 Quod ſi conſueuerit notarius in inſtrumētis dotalibus inſerere huiuſmodi clauſulam, euidens mihi videtur, opinioni Rotæ locū non eſſe, quia clauſulæ, quæ ex ſtilo inſeruntur, non mutant ea, quæ diſertis verbis fuerunt dicta; cumque ſoleant notarij, & partes diligenter curare, vt ea, quæ inter ipſas conuenerunt, claris verbis explicentur, incredibile eſt notarium conſueuiſſe per verba adeò obſcura explicare patrem ſtipulari ſibi dotem reſtitui, aut parentes paſſuros toties fuiſſe de filia eiuſque hæredibus ſpecialiter tractari, ſui verò mentionem explicitam non fieri.

7 Quod ſi plerique eius locī notarij eadem clauſula vti conſueuerint, euidentius eſt eam eſſe ex clauſulis, quæ ex ſtilo notariorum inſeri ſolent in inſtrumentis dotalibus, quæ cum non contineant ſpecialem conuentionem inter partes firmatam, abſurdum eſt aſſerere eam coarctare vim verborū, quę nominatim dotis reſtitutionem reſeruant filię, eiuſque hæredibus, & ſucceſſoribus.

Statutum de lucro dotis, quando derogare cenſeatur l. hac edictali, C. de ſecund. nupt. *Cap. XLIX.*

1 STatuto lucrum dotis marito deferente, quando cenſeatur derogare diſpoſitioni *l. hac edictali, C. de ſecund. nupt.* quotidiana diſputatio eſt, de qua antequàm dicam ſententiam meam, oportet prius diſcutere, an huiuſmodi legis diſpoſitio a iuris ratione

tione recedat, & an statutum iuris rationem offendat, tertiò an statutum legi prædictæ derogans sit fauore dignum.

2 Legem hac edictali a regulis iuris plurimum abhorrere, cum aufferat mulieri facultatem disponendi de rebus suis inter viuos, & in vltima voluntate, etiam si filijs relicta fuerit legitima portio, non est cur dubitemus.

3 Aliud est dicendum de statuto ei derogante, nã quatenus lucrum marito defert iuris rationem nõ offendit, vt exposui lib. 3. c. 5. multoque minus eã lædit, cum permittit plus relinqui secundo marito, siue ius vetus consideremus, siue leges nouas; nam iure veteri filius non succedebat matri, *vt Inst. ad S.C. Orfician.* iure autem nouo, mater, quæ legitimam reliquit filio, de reliquo libere potest testari, *Auth. de trient. & semiss. in princ.*

4 At dices ergo statutum, cum totam dotem mariti cedere vult, iuris rationem offendit. Respondeo naturam quidem suadere, vt parentum hæreditas perueniat ad liberos, *l. scripto, ff. vnd. lib.* sed hoc omninò fieri nullatenus ab ipsa imperari, qua de causa lege 12. tabularum cautum fuit, vt matri filius non succederet, eadem de causa filiæ ab hæreditate, cum masculi extabant, olim iure communi, nunc verò iure municipali, passim excluduntur, *l. maximũ vitium, C. de lib. præt.* Itaque cũ auctor statuti iustissimis ex causis voluerit dotẽ integram penès maritum manere, iuris rationem non offendit, maximè, quia dos suaptè natura penès maritum manere debet soluto matrimonio, vt probaui lib. 3. c. 1. num. 20.

5 Fauore autem maximo dignum est hoc statutũ, cum ad animarum salutem, & ad Reip. vtilitatem plurimum conducat. Cum enim materni nominis pietas plerumque bonum pro liberis consilium capiat, plusquam verisimile est mulierem, quæ filios habet superstites, nuptias affectãtem carnalis concupiscentia stimulis exagitari. Quod si ita est, nonne statutum viam nubendi, quam ius commune penè clauserat, recludens existimandum est ad animarum salutem plurimum conducere? Carnalis cõcupiscentiæ stimulos perferre non est muliebris fragilitatis, quare D. Paulus clamat, melius est nubere, quam vri; & ideò valde laudandi sunt auctores statuti, qui cum optimè intelligerent difficilius esse viduis virum inuenire, quã virginibus, absurdum esse existimauerunt plus lucri deferri ei, qui virginem duxit, quam fiat ei, qui viduam pro vxore susceepit.

6 De vtilitate Reipublicæ, non est quod tractetur, cum euidens sit expedire Reip. mulieres nubere, *l. 1. sol. matr.* & tolli occasionem scandalorũ, in quæ facilè incidunt mulieres viduæ, quæ cum viro egent, illum non inueniunt.

7 Fauore ergo dignissimum erit hoc statutũ, quod alij etiam docuerunt, de quibus Rol. à Valle *de lucro dot. q. 24. num. 7. & cons. 62. num. 26. lib. 3.* a qua sententia tamen nonnulli recedũt quibusdam leuibus argumentis moti, quæ penitus tolluntur, ex ijs, quæ scripsi lib. 3. c. 5.

8 His præcognitis rem ipsam aggrediamur. Primò quæro, an statutum, quod simpliciter defert lucrum dotis marito, censeatur derogare dispositiuni *l. hac edictali, C. de secund. nupt.* qua in re alij aiunt, alij negant, consule Rol. *de lucro dotis, q. 26.* Phan. *in eo tract. gl. 5. a n. 33.* DD. *in d. l. hac edictali.*

9 Vt veritatem assequamur, meminisse debemus, statutum quod simpliciter deferr lucrum marito vxore sine filijs decedente, intelligi de filijs susceptis ex viro superstite, & ita nostri communiter docent, vt constat ex Phann. *d. gloss. 5. a n. 2.* H. Gabr. *cons. 13. a num. 1. lib. 2.*

10 Hoc præcognito sic ratiocinor. Auctores statuti habentes ante oculos id ipsum, quod quærimus, mulierem scilicet ad secundas nuptias transeuntẽ, & superstite secundo marito morientem, indistinctè marito deferunt lucrum, ergo voluerunt maritum illud cõsequi, etiam si extiterint filij ex primo matrimonio, alias alterum sequeretur, vel eos non cogitauisse de casu quotidiano, vel data opera in re tanti momenti obscuritatem affectauisse.

11 Si enim dicimus eos loqui, cum mulier ex primo marito liberos non habet, præter quam quod id est contra receptam sententiam, vtique admittimus eos, dum loquuntur de muliere secundo nubente, non habuisse in mente eam spetiem, in qua mulier id facit liberis ex primo matrimonio extantibus, quo admisso, sequitur auctores statuti negligentissimè, ac planè oscitanter in eo condendo versatos fuisse, quotus quisque enim est, qui de hac re seriò agat, cui non veniat in mentem species, in qua liberis ex primo marito superstitibus mulier obierit, cũ quotidiè id accidat?

Quod si hoc ante oculos habuerunt, cur indistinctè lucrum deferunt, si aliud obseruari censeat, vbi supersunt, sunt filij ex primo marito suscepti? nonne hoc esset tenebras affectare, publicaque commoda grauissimè insectari?

12 In contrarium adducitur regula *l. 1. §. lex Falcidia, ff. ad legem Falcidiam*, nempè statuta accipere interpretationem passiuam a iure cõmuni, & proindè statutum nostrum deferens lucrum marito intelligi debere iuxta terminos *d. l. hac edictali.*

13 Respondeo in primis *l. hac edictali*, agere de ea spetie, in qua mulier bona sua, vel inter viuos, vel in vltima voluntate largitur marito, nos autem tractamus de ea spetie, in qua lex id facit, in qua cessat timor, quem iustè habemus, ne mulier secundi mariti illecebris capta, maternæ pietatis obliuiscatur.

14 Deindè dico pluribus ex causis non posse habere locum regulam huiusmodi hac in re, & primò, quia alias nota digni essent auctores statuti, quòd obscurè adeò locuti fuerint, cum enim possent paucis verbis exponere se se velle saluam esse *l. hac edictali*, cur id nos colligere voluerunt ex regula *d. l. 1. §. lex Falcidia*, quam hic locum non habere plura suadẽt vrgentia argumenta? vbi autem auctor legis in notam incidit, semper ad aliam confugimus interpretationem, *l. Saluius, de legat. præstand.*

15 Secundò scriptum est leges Reipublicæ fauorabiles, quia faciliorem nubendi rationem reddunt, interpretatione adiuuari debere *l. hoc ita 63. ff. de cond. & demonstr.* cuius textus vim exposui libr. 3. cap. 5. igitur quando duæ occurrunt idoneæ huiusmodi legum expositiones, ea capi debet, quę legem ampliorem reddit, non habebit ergo locum in huiusmodi legibus interpretandis regula *d. §. lex Fal-*

 cidia,

edita, quotieſcunque ea admiſſa lex coarctaretur, quoniam cũ generi per ſpeciem in toto iure derogetur, *l. in toto iure, de regul. iur.* vis huiuſmodi regulæ cedere debet particulari naturæ legis fauorabilis.

16 Reſiſtit etiam huic interpretationi certiſſimum iuris principium, in legibus nempè interpretandis eam expoſitionem ſemper potiorem eſſe, quæ magis conformis eſt menti legiſlatoris, cum enim mẽs auctorum noſtri ſtatuti ſit faciliorem reddere rationem mulieribus nubendi, vt poſt alios expoſui lib. 3. c. 5. vtique ea interpretatio, quam nos afferrimus magis eorum menti conuenit, per eam enim efficitur, vt viduę, quę magis auxilio hac in re egẽt, facilè inueniant maritum, quod tamen illis haud facilè contingeret retenta alia expoſitione, quis enim viduam ducet in vxorem, ſi virginem ducẽdo maioris lucri ſpem habet?

17 Adducitur ſecundo loco contra noſtram ſententiam ſtatutum hoc eſſe damnoſum filijs, & ideò ſtrictiſſimè exponi debere, iuxta tradita per Alex. & Iaſ. *in l. final. §. in computatione, C. de iur. delib.*

Reſpondeo duplici iure quem poſſe habere id, quod ei detrahitur iure nempe ſuo, & ex priuilegio. Si agamus de eo, quod quis habet iure ſuo, admitto huiuſmodi aſſertionẽ plerunque veram eſſe. Si verò altero caſu loquamur, aliud erit dicendum, nam huius aſſertionis fundamentum conſiſtit in illis iuris naturalis regulis quę non permittunt ius noſtrum nobis auferri, hæ enim ceſſant, cum agitur de eo iure adimendo, quod ex priuilegio venit, maximè cum ei reſtituitur cui ademptum fuerat, nam huic reſtitutioni regulæ prędictæ fauet, facilè enim quodque ad ſuam redit naturam, non rectè itaque allegatur in hac quæſtione huiuſmodi regula, cum ius in bonis matris tributum filijs primi matrimonij ex priuilegio datum fuerit, vt probaui num. 2. cum ſequentibus.

18 Huc ſpectat *l. hoc ita 63. de condit. & demonſtr.* dum apertè docet legem irritantem conditiones impeditiuas nuptiarum interpretatione adiuuari debere, quia Reip. vtilis eſt, & tamen auffert ius libere teſtandi, de quò agens Conſtantinus *in l. 1. C. de S. S. Eccleſi.* dixit *nihil aequè hominibus deberi, quam vt liberum ſit id, quod amplius non redit arbitrium*, &c.

De eadem materia. Cap. L.

1 DIſputatio, quam nunc aggredimur, illis ſuperflua futura eſt, qui eam, quam in antecedenti capite propugnauimus ſententiam probaturi ſunt, illis autem, quibus alia opinio placuerit, non inutilis futura eſt. Suppoſita ergo illa opinione, quæ docet ſtatutum de lucro dotis non derogare *l. hac edictali*, ex eo, quod indiſtinctè lucrum dotis marito defert, dubitari de nonnullis contingit.

2 Primò, an hac in re diſtinguendum ſit inter dotem congruam a muliere viro datam, & eam, quæ modum excedit, quod placuit multis, de quibus Phanut. *de lucro dotis, gloſſ. 4. num. 38.* vbi eam ſequitur, & vt mihi videtur, nõ rectè. Aut enim dicimus mentem ſtatuti eſſe deferre lucrum aduerſus diſpoſitionem *l. hac edictali*, aut id negamus. Si id dicimus, nulla cauſa eſt, cur ex verbis ſtatuti eximamus hunc caſum, neque enim licet verba legis ſine diſtinctione propoſita, coarctare abſque vrgenti cauſa, quia hoc eſt ariolari, non iura exponere.

3 Si verò dicimus eorum mentem fuiſſe vt ſtatutum *ex l. hac edictali* interpretetur, quo colore licebit nobis lucrum marito deferre aduerſus *l. hac edictali*, quam intactam eſſe voluerunt? intactam inquam, quia ex eo ſtatutum declarari debere cenſuerunt.

4 Secunda dubitatio verſatur circa ſtatuta, quæ deferunt lucrum vxore decedente ex ipſis, vel ex eis deſcendentibus, vel ex eodem matrimonio ſuſceptis, vel ſine filijs amborum, an tunc ſtatutum deroget *d. l. hac edictali*, qua in re DD. diſcordãt, vt cõſtat ex Rol. *de lucro dotis, q. 30. 32. & 33.* ex Phanut. *in eodem tract. gloſſ. 5. num. 39. verſ. decimus tertius caſus*, & alijs de quibus addentes ad Theſaur. *deciſ. 184. verſ. ſi verò ſtatutum.*

5 Pro opinione negatiua vrget, quod ſtatutum deferens lucrum filijs non exiſtentibus, intelligitur de filijs ſecundi matrimonij, vt poſt alios firmant Phanut. *in d. tract. gloſſ. 2. a num. 2.* Hieron. Gabr. *conſ. 13. a num. 1. lib. 2.* & ideò expreſſio huiuſmodi ad maiorem declarationem facta non videtur ſufficiens, vt ſtatuti auctores cenſeantur derogaſſe diſpoſitioni *l. hac edictali*.

6 Contrariam ſententiam ſequor, cum enim appareat ſolicitos fuiſſe auctores ſtatuti, ne ex verborum generalitate dubitationes orirentur, nulla cauſa eſt, cur putemus eos noluiſſe verba, quò ad rem noſtram, generaliter intelligi, ſi enim id noluiſſẽt, cur non addiderunt aliqua verba, ex quibus earum intentio deprehendi poſſit, ſicut fecerunt in illa parte, in qua mentionẽ de filijs faciunt etiam ſi in ea longe minor dubitandi occaſio adſit?

7 Et hæc eſt illa circunſtantia, propter quam dicimus auctores ſtatuti noluiſſe ex iure communi ipſum declarari, ſi enim non fuit illis ſatis a DD. filiorum appellatione in hoc ſtatuto intelligi de filijs ſecundi mariti, ſed muneri ſuo conuenire exiſtimauerunt id nominatim cauere, cur dicendum eſt in hac parte, in qua vrgentiſſima argumenta in contrarium vrgent, eos voluiſſe ſtatutum declarari *ex l. hac edictali*?

8 Et ex his tollitur argumentum ex aduerſò adductum, quoniam regula *d. l. 3.* tunc procedit, cum propter huiuſmodi expreſſionem nõ inſurgit coniectura mentis diſponentis, quam exiſtimare nos cogat eum in diuerſam ſententiam iuiſſe ab ea, quã eum habuiſſe putamus, cum id non expreſſit; quæ reſponſio ſi tibi non eſt ſatis, aliam poteris colligere ex ſcriptis per Card. Mantic. *lib. 7. de coniectur. tit. 12. num. 14.*

9 Tertia dubitatio eſt, an ſtatutum, quod defert totius dotis marito conſtituens ne ex dote aliquid reſtituere teneatur, cenſeatur derogare *l. hac edictali*, quod poſt Dec. Pariſ. & Beroum ſcribit Rol. *quæſt. 31.* & iure meritò, quia cum ſimul ſtare non poſſint diſpoſitio ſtatuti, & lex edictali, quia illud totam dotem marito defert, hæc verò partem eius apud eum manere vult, ſequitur quò ad hoc ſtatutum regulam ex aduerſò allegatam ceſſare, quia ei non eſt locus, cum lex noua non eſt cum veteri compatibilis, *vt in d. §. lex Falcidia*, diſertè habetur ca-

uea

ueas ergo a Phanut. qui *d. gloss. 5. num. 39. versicul. sextus casus*, de hac opinione dubitat.

10 Qua de causa idem esse reor, cum vltra dimidiam vult statutum dotem ad maritum pertinere, quia non possunt insimul stare, maritum æqualiter cum filijs primi matrimonij diuidere dotem, eamque vltra dimidiam ad maritum pertinere.

11 Nec tibi hoc durum videatur, cum olim inter matrem, & filios non esset successio, *vt in Inst. de Orfician. S. C.* & iustissima ex causa hoc fuerit constitutum, vt constat ex scriptis in c. antecedenti a num. 5.

12 Quartò dubitatur, an lex deferens dotem omni casu deroget *l. hac edictali*, quod negant nonnulli, de quibus Phanut. *d. gloss. 5. num. 42. in fine vers. quartus*, multis tamen repugnantibus, de quibus Rol. *quæst. 29.* quibus adhæreo.

13 Nam cum statutum defert lucrum non existentibus liberis secundum receptam opinionem, de qua num. 5. intelligitur de filijs secundi matrimonij, ita vt statutum in hac parte hunc habeat sensum, etiam si adsint liberi ex primo matrimonio, tamen maritus lucretur dotem omni casu si modò non adsint ex huiusmodi matrimonio liberi, ergo eius dispositio est incompatibilis cum *l. hac edictali*, quia insimul stare non possunt, quod non habeat matritus plusquam filij primi matrimonij, & quod omni casu lucretur tertiam, aut dimidiam partem dotis, quod vbi accidit, statutum non accipit passiuam interpretationem a iure communi, *vt in d. §. l. Falcidia* clarè habetur.

14 Quintò dubitatur, an eo casu, quo statutum nominatim defert lucrum primo, & secundo marito censeatur derogare *l. hac edictali*, quod placet Bal. *in l. 1. num. 8. C. de inoffic. dot.* aduersus quem insurgit Phanut. *d. gloss. 5. nu. 39. vers. quintus casus.*

15 Baldi opinio verior est, cum enim mens, verba, & finis statuentium æquè verificentur in primo, quam in secundo marito, vtique nulla probabilis dubitatio oriri poterat, an id, quod dispositum fuit in primo marito haberet locum in secundo, & ecōtra, & tamen ad tollendam omnem dubitandi occasionem de vtroque meminerunt, multò magis igitur id fecissent, quò ad id de quo agimus, si voluissent statutum, aliter, ac verba significant, accipi, quia alias iustissimè notarentur, quòd fuerint solliciti in tollendis dubitationibus leuibus, eas autem omiserint, quæ grauissimæ sunt.

16 Nec obstat quod dicit Phanutius magis fauorabile esse primum, quam secundum matrimonium, quia hæc non fuit ratio propter quam huiusmodi statutum factum fuit, vt constat ex scriptis lib. 3. c. 5. ex quo loco intelliges maiorem occasionem fuisse deferendi lucrum secundo, quam primo marito.

17 Sextò quæro, si extet statutum permittens mulieri disponere de rebus suis aduersus dispositionem *l. hac edictali*, an maritus, cui aliud statutum defert lucrum dotis, possit illud consequi vltra quantitatem in huiusmodi lege taxatam, quando mulier ad eius fauorem non disposuit, & contra maritum sentit post Castr. Phanut. *d. gloss. 5. num. 43. vers. sextus casus.*

18 Contraria sententia euidenter vera est, cum enim statuti verba generaliter concepta sint vi sua continent casum, quo extant liberi ex primo matrimonio, necesse est itaque eorum vim aliquo modo coarctare, vt hic casus excludatur. Quamuis autem multa vrgeant in contrarium, de quibus in antecedenti capite dixi, tamen DD. communiter tradiderunt ipsum restringi ex dispositione *d. l. hac edictali*, per regulam *l. 1. §. lex Falcidia, ff. ad legem Falcid.* hoc autem, vt admitti possit necesse est supponere huiusmodi legem habitam fuisse ab auctoribus statuti pro lege valdè æqua, & vtili, si enim constiterit eos non multum fecisse eius dispositionem, nulla causa est, cur credamus eos voluisse statutum de lucro dotis pro salute ciuium aduersus ius commune introductum restringi ab huiusmodi lege. Et ideò in casu de quo agimus id factum fuisse non est dicendum, cum adeò flocipenderint eius dispositionem, vt voluerint ex voluntate mulieris, aduersus quem lata fuit, eam pendere.

19 Ex quibus tollitur fundm partis aduersæ, quod scilicet *l. hac edictali* salua maneat, quotiescunque mulier facultate sibi data non vtitur, quia id habet locum in illis casibus, in quibus non fuit correcta, prout accidit in casu nostro, nam per statutum de lucro dotis, vt ostendimus, ei fuit derogatum.

Libri Secundi Finis.

ANTONII MERENDAE
I. V. D. FOROLIVIENSIS
CONTROVERSIARVM IVRIS
LIBER TERTIVS.

De essentia dotis. *Cap. Primum.*

1 ESSENTIAM dotis explicare, res est difficilis, & ardua, sed plurimam adferens vtilitatem; hinc enim multarum dubitationum, quæ nostrorum ingenia exercēt, decisio pendet. Constat autem, vt hinc exordiar, esse contractū, quem dotem nuncupamus, & per illum aliud quidam in esse deduci, quod, et si ab eo diuersum sit, eodem tamen nomine nuncupatur. Ne ergo in æquiuocis versemur, de essentia dotis, vt contractus est, videamus, reliqua deindè exponemus.

2 Vt contractus dotis essentiam assequamur, prius intelligere oportet finem, propter quem introductus fuit, ex fine enim comerciorum species constituuntur. Hinc est, quod si quis rem tradiderit liberalitatis exercendæ gratia, donatio fiat, *l. 1. ff. de donat.* si verò eam tradat, vt pretium, vel aliam rem consequatur, permutatio, vel venditio ērit, *l. 1. ff. de contract. empt.* quod si eo animo tradiderit, vt res ad culturam redigatur, vel vt tibi fidelitas præstetur, feudum erit, vel emphiteusis, *l. 1. C. de iure empt. & in vsibus feudorum, in tit. in quib. cau. feud. amittitur, in fine.* idem in omnibus comercijs animaduertere licet; omnes enim ex finis diuersitate distinguuntut.

3 Huius autem rei ratio est euidens, quia ex fine essentia actuum moralium desumitur, vt probat Aristot. *lib. 1. Econom. c. 1.* dum ait. *Ciuitas quidem est multitudo domorum, agro, & pecunijs sufficienter abundans, ad bene viuendum. Id autem ex eo patet, quod si compotes horum esse nequeunt societas soluitur. Insuper huius gratia in vnum coeunt, cuius autem gratia vnumquodque est, & fuit, & substantia ipsius hæc existit.* & hoc est id, quod Theologi dicunt, *Species actuum moralium ex fine eorum distingui.*

4 Finem autem huius contractus facilè est agnoscere, nam Paulus I.C. *in l. in rebus, ff. de iur. dot. & Iust. in l. cum multæ, C. de donat. ante nupt.* adeò disertè id explicauerunt, vt nulla occasio dubitandi relinquatur, ait autem Iust. *Dos propter nuptias fit, & sine nuptijs nulla dos intelligitur.*

Paulus autem, agēs de rebus æstimatis in dotem datis, ait, *Sed id agi videtur, vt ita demum æstimatio rata sit, si nuptiæ sequantur, quia, nec alia causa contrahendi fuerit.*

5 Hinc ergo contractus dotis essentiam deducere constitui, quod eo libentius facio, quòd Iust. *in dicta l. cum multæ, C. de donat. ant. nupt.* volens ostendere dotem, & donationem propter nuptias, quò ad essentiam, non discrepare, non aliundè id deducit, quam ex eo, quod in eodem fine conueniunt, verba eius hæc sunt.

Sicut enim dos propter nuptias fit, & sine nuptijs quidem nulla dos intelligitur, sine dote autem nuptiæ possunt celebrari, ita & in donationibus, quas mariti faciunt, vel pro his alij, debet esse licentia, & constante matrimonio talem donationem facere, quia quasi antipherna hæc possunt intelligi, & non simplex donatio, ideò & antiqui iuris conditores, inter donationes etiam dotem connumerant. His verbis Imp. vult ostendere dotem, & ante nuptias donationem in eo conuenire, quod ambæ donationes sunt, quæ propter nuptias fiunt, nam sicut dos ptopter nuptias datur, ita & donatio prædicta: ea enim, quæ donantur a marito vxori, quasi antipherna, idest veluti æquamentum, & compensatio dotis intelliguntur, vt cum gloss. ibi alij rectè exponunt, & ideò, sicut vxor propter nuptias dotem dat, ita maritus propter nuptias facit donationem.

His expositis statim Imp. hæc verba subdit. *Si igitur, & nomine, & substantia nihil distat a dote, ante nuptias donatio, quare non etiam simili modo, & matrimonio contracto dabitur?* Hæc conclusio ab Imp. non aliundè deducitur, quam ex eo, quod vtriusque

idem

idem finis est, ergo ex fine contractus dotis, essentiam eius deducere oportet.

6 Sed quæret aliquis, cum sint aliqui contractus, quorum perfectio consistit in adeptione finis, propter quem fiunt; vt comodatum, depositum, mutuum, pignus: alij verò essentiam habeant in aptitudine finem, propter quem fiunt, consequendi; vt emptio, venditio, locatio, conductio, mādatum, feudum, emphiteusis, iuxta ea, quæ habentur in Instit. *in titul. quibus modis re contr. obligatio, & in tit. de oblig. quæ ex consensu nascuntur.* Perfectionē contractus dotis constituemus ne in aptitudine cōsequendi finem, propter quem fit, an in adeptione eius? Cum autem contractus, quorum perfectio in huiusmodi aptitudine consistit, pariant actionem efficacem ad cogendum eum, qui contraxit, vt impleat id, propter quod contractus fuit factus, sequitur non debere constitui perfectionem dotis in aptitudine consequendi suum finem, quia natura matrimonij abhorret a præcisa coactione *l. Titia 174. de verb. oblig. cap. gemma, de spons.*

Cum itaque huius contractus perfectio non cōsistat in aptitudine cōsequendi finem, propter quē dos datur, concludendum est eam consistere in adeptione huiusmodi finis; & hęc est ratio, cur cōtractus dotis habeat tacitam conditionem, si nuptiæ sequantur, *l. 3. ff. de iure dot. l. 5. §. fin. cum l. sequenti, ff. de priuileg. creditor. l. cum multæ, versiculo sicut, C. de donat. ante nupt. l. quod seruo, in fine, ff. de condict. cau. dot.* itaque contractus dotis ante nuptias, cum vltima careat perfectione, in eo statu erit, quem habet testamentum ante mortem testatoris, *iuxta tex. in c. cum Martha, de celebrat. missar.* Cum autem hic contractus a lege fuerit approbatus, sequitur eius finem esse actum bonum, & legibus permissum, & ideò matrimonium a iure improbatum finis huius contractus esse non poterit, & hæc est ratio cur vbi matrimonium non fuit iure factum, ibi dos esse non possit, *l. incestæ, ff. de ritu nupt. §. si aduersus, Instit. de nupt.* etiam si bona fide contractum fuerit, *l. 1. in fine, ff. pro dote,* quia licet bona fides virum & mulierem excuset, non tamen actum licitum reddit.

9 Sed prædictis obstare videtur id, quod legitur *in l. cum multæ, C. de donat. ante nupt.* nempè licere constante matrimonio dotem augere, vel cōstituere; tunc enim perfectio huius contractus in eo consistere non potest, vt matrimonium contrahatur inter mulierem, quę dotem dat, & virum qui illam accipit, cum contractum fuerit antequàm dos constitueretur. Respondeo contractum dotis, quæ datur constante matrimonio, fieri ob finem longè diuersum ab eo, ob quem fit contractus dotis, quæ ante nuptias datur, & ideò sub eadem spetie contractus non possint poni iuxta tradita suprà num. 1. & 2. Hoc autem verum esse facili negotio probatur; nam dos, quæ ante nuptias datur, semper ob causam futuram datur, illa verò, quæ constante matrimonio constituitur, quandoque ex liberalitate, interdum ob causam futuram, sæpe ob causam præteritam datur. Si enim mulier viro suo cōstante matrimonio dotem constituat, nulla alia de causa, quàm liberalitatis exercendæ gratia, vtique pura, simplexque donatio erit; si verò eam constituerit, quia maritus negotia sua expediuit, vel quia eam ex magno periculo liberauit, vel alia de causa præterita, donatio ex causa præterita erit, quod si dos constituatur, quia mariti amorem sibi comparare velit, vel vt facilius onera matrimonij subire possit, vel alia de causa futurum tempus respiciente, donatio quidem ob causam erit, sed ob causam futuram, quæ facit essentialiter donationem differre ab ea, quæ ob causam præteriram facta fuit, *l. damus 75. ff. de cond. indeb. l. 3. ff. de donat.*

11 Differunt ergo spetie dos, quæ constante matrimonio datur, & ea quæ ante nuptias constituitur, quia tamen huic doti concessa fuerunt eadem priuilegia, quæ dantur doti, ante matrimonium datę, & quia actione de dote repetitur, nomine dotis nuncupatur, quod tamen nobis respiciendum non est, cum nomina sint ad placitum, & priuilegia sint quid doti accidentale, sicut est etiam facultas eam repetendi soluto matrimonio, iuxta tradita infrà num. 20.

12 Secundò nostræ opinioni obstare videtur *l. si pater, ff. sol. matr.* vbi dicitur socerum, qui ignorans generum a filia diuertisse, ei partem dotis soluit dotem non condictione indebiti, sed actione de dote repetere, quod fieri non posse videtur, nisi id quod solutum fuit, in causam dotis conuertatur.

Respondeo, dotis dationi inesse tacitam conditionem, si nuptiæ sequantur, & durauerint, *l. stipulatio, l. dotis, ff. de iure dot.* ideoq́ue nuptijs non celebratis, ex natura contractus dotis, id quod solutū fuit repetitur, & hæc est causa cur actione de dote, non condictione indebiti repetatur ibidem datum nomine dotis, quod latius explicat Cuiac. *In dicta l. si pater.*

13 Tertiò obstare videtur nostræ opinioni *l. Titio centum, §. Titio genero, ff. de cond. & demonstr.* vbi legatum factum genero pro dote, si post diuortium solutum ei fuerit, rectè soluitur, *quia in causam dotis conuertitur.* Hinc enim colligi posse videtur dotem absque matrimonio consistere posse.

Respondeo, testatorem nomine dotis legatum genero reliquisse, & ideò eius intentio fuit, vt filia actione de dote id, quod legatum fuit repetere posset veniente tempore restitutionis, itaq́ue cum id, quod soluto matrimonio soluitur nomine dotis, per actionem de dote repetatur, *l. si pater 45. ff. soluto matr.* vtique hęres soluendo legatum genero etiam post diuortium, satisfacit menti testatoris, quia actionē acquirit filiæ, eo modo quo voluit testator, & hoc est quod intelligit I.C. dum ait. *In dotem conuerti id quod solutum fuit nomine dotis soluto matrimonio.* Qua de causa alibi legitur dotem constante matrimonio augeri, vt *in l. quod dicitur, in fine, ff. de impensis in rebus dotalib. factis, in l. si is qui, §. si pecunia, ff. de iure dot. & in l. 3. eod. tit.* hoc enim ad actionem referri debet; nam per actionem de dote repetitur id quod doti accreuit, & ideò I.C. *in l. 3. de fund. dot.* dixit fundum seruo dotali legatum, quasi dotalem esse, actione enim de dote repetitur.

14 Quartò nostrę opinioni obstare videtur id, quod pluribus nostri iuris locis habetur, dotem dari vt deseruiat oneribus matrimonij, *l. in maritum, ff. quæ in fraudē cred. l. Iul. ff. mand. l. pro oneribus, l. ex prom. ff. de act. & oblig. l. sicut, §. sed si promiserit, ff. quibus*

modis

modis pig. vel hyp. ſol. l. ſi pater 29. ff. de iure dot. vbi dicitur, *Nullam eſſe dotem, quæ oneribus matrimonij non deſeruiat.*

Reſpondeo, vt plurimum olim, & nunc homines conſueuiſſe a matrimonio alienos eſſe propter eximia eius onera, cumque leges ad ea adaptentur, quæ vt plurimum accidunt, *l. nam ad ea, ff. de leg.* prudenter iuris noſtri auctores, cauſam onerum matrimonialium, veluti cauſam generalem, propter quam dos datur, appellauere, nam frequentiſſimè dos propter onera matrimonij datur, nobis tamen, qui eſſentiam contractus dotis inquirimus, non id, quod plerumque accidit, ſed quod ſemper accidit, reſpiciēdum eſt; eſſentia enim ſemper eſt eadem.

16 Idque veriſſimum eſſe patet ex eo, quòd is qui dat dotem, eam dat animo mouendi virum ad nuptias contrahendas, nec curat, qua de cauſa moueatur, dummodò moueatur, vir quoque, vt plurimum quidem dotem accipit, vt deſeruiat oneribus matrimonij, interdum tamen eam accipit, vt æs alienum diſſoluat, vel vt eam in alios vſus conuertat, vt experientia docet, & ideò quod ait I. C. dos nulla eſt, quæ non deſeruit oneribus matrimonij, ad id quod frequenter accidit, referri debet, & ad aptitudinem non adactum, conſtat enim dotem re ipſa non ſemper deſeruire oneribus matrimonij, nam maritus poteſt dotem conſiſtentem in pecunia, vel in re æſtimata, in quem velit, titulo lucratiuo transferre. Conſtat etiam eum poſſe donare fructus fundi dotalis, quouſque matrimonium durauerit, & denique conſtat, res quæ fructum non reddunt, nec vtilitatem adferunt, vt ſunt gemmæ, vniones, & inſignes picturæ, vel ſtatuæ in dotem ſic dari poſſe, vt non poſſint alienari, nec locari, quo caſu nemo affirmauerit dotē oneribus matrimonij deſeruire.

Ex his omnia, quæ contra noſtram opinionem excitari poſſunt, facili negotio diſſoluuntur, & ideò alia argumenta prætermittens, nonnulla explicabo, quæ ex hac opinione ſequuntur, quæ animaduerſione digniſſima ſunt.

17 Primò autem ex hac opinione elicitur vera ratio decidendi *in l. 1. C. de dot. promiſſ.* Ideò ſcilicet non valere dotis promiſſionem, quæ facta fuit non expreſſa quantitate, vel ſpetie in dotem data, quia cū dos donatio ſit, & dependeat a voluntate mera & libera dantis, huiuſmodi promiſſio non fuit apta mouere virum ad matrimonium contrahendum, quia poterat mulier dare quidquid libuiſſet, & ideò ſi in promiſſione inſertum fuerit arbitrium boni viri aliud obſeruabitur, quia poteſt promiſſio huiuſmodi mouere virum ad nuptias contrahendas, *l. 3. C. de donat. promiſ.*

18 Idē eſt ſi pater pro filia dotē promiſerit, cū enim lex modum imponat doti, quam pater pro filia dare tenetur, pater dotem promittendo, non expreſſa ſpetie, vel quantitate, non dicitur dotem incertam promittere, ſed eam, quæ congrua ſit, & ideò, cum apta ſit huiuſmodi promiſſio mouere virum ad nuptias, valida eſt, *l. cum poſt, §. gener, ff. de iure dot.* de qua re latè ſcripſi lib. 2. cap. 47. a num. 7. ex dictis quoque elicitur ratio eius, quod habetur *in l. ſi mu-*
19 *lier 60. ff. de iure dot.* mulierem alteri, quàm marito dotis nomine obligari non poſſe, cum enim mulier alij, quàm marito iuſſu eius dotem promittit, vtique exprimet in promiſſione, ſe id facere iuſſu eius, quem virum habere cupit, & ideò exprimet ſe dotem dare, nō vt moueat eum, cui datur, ſed alium, ergo contractus dotis inter mulierem, & eum, cui dos promittitur, cōſiſtere non poteſt, cum deficiat cauſa, propter quam contractus dotis fit vt nempè is cui datur, & non alius, moueatur ad nuptias contrahendas.

20 Tertiò ex dictis ſequitur ſtatuta deſerentia lucrum dotis marito ſoluto matrimonio, licet ſint contra ius commune, non tamen eſſe contra naturam dotis, cum enim dos, quæ perpetuò manſura eſt penès virum, facilius moueat eum ad nuptias. Vtique hæc ſtatuta fini dotis inſeruiunt, ergo non aduerſantur eius naturæ, hucque trahi poteſt id, quod habetur *in l. 1. ff. de iur. dot.* dum ait. *Dotis cauſa perpetua eſt, & cum voto eius, qui dat ita contrahitur, vt ſemper apud maritum ſit.*

De eadem re, & an dos ſit ius vniuerſale. Cap. II.

1 DIximus in antecedenti capite de eſſentia contractus, qui dos appellatur, videamus nunc de eſſentia ipſiuſmet dotis, quæ per huiuſmodi cōtractum in eſſe deducitur, vt autem hoc intelligamus, examinanda eſt quædam noſtrorum controuerſia, in qua quæritur, an dos ſit ius vniuerſale in eaque vehementer inter ſe contendunt noui, & veteres interpretes *in Rub. ff. ſol. matr.* Bal. Nouell. *de dot. p. 3.* de eadem luculenter, & acutè agit nouiſſimè Vincent. Alfanus *in commentario de vera ſubſtantia dotis, cap. 15.*

2 Ego, vt me breuiter expediam, negatiuam ſententiam ſequor, quam vbi comprobauero, argumenta partis aduerſæ diſſoluam. Dotis contractus eſt ſpeties donationis, quæ fit ad alliciēdum virum ad nuptias contrahendas, *l. cum multæ, C. de donat. inter vir. & vxor.* & expoſui in antecedenti capite, eſtque titulus ſuaptè natura trāſferens dominium, *§. per traditionem, Inſt. de rerum diuiſione*, & quidem pleno iure, nam idem Iuſt. *in tit. quibus alien. licet vel non*, cum dixiſſet interdum accidere, vt qui dominus eſt alienare non poſſit, ſubdit exemplum in marito, qui fundum dotalem alienare non poteſt propter legem Iuliam, niſi enim maritus pleno iure ex natura contractus, fundi dotalis fieret dominus, exemplum ineptum proponeret Imp. quia non interdum accidit, ſed ſemper, vt qui ad tempus, nec pleno iure eſt dominus, nō poſſit alienare.

3 Idque verum eſſe lex Iulia, & Iuſtiniani conſtitutio euincunt, lex Iulia dum facultatem fundum dotalem alienandi abſtulit marito, priuatio enim ſupponit habitum, Iuſtin. autem, dum *in l. vnica, §. penult. C. de rei vxor. act.* legem Iuliam, ad fundos dotales extra Italiam exiſtentes extendit, fruſtra enim id feciſſet, niſi maritus dominus fieret pleno iure fundi dotalis.

4 Nec te turbet id quod ſcribit Iuſt. *in l. in rebus, C. de iure dot.* dum ait, agens de rebus datis in dotem. *Cum eadem res ab initio vxoris fuerint, & naturaliter in eius permanſerint dominio, non enim quod legum ſubtilitate tranſitus earum in patrimonium mariti videatur fieri, ideò rei veritas deleta, vel confuſa eſt.*

est. Nam omiſſis illis, quæ alij ante me de huius loci ſententia ſcripſerunt, exiſtimo Iuſt. qui vbique mulierum cauſam tutatur, non decidendo, ſed arguendo hæc verba dixiſſe, cuius rei duas habeo cõiecturas vrgentiſſimas. Prima deducitur ex verbis ſubſequentibus, dum ait. *Ut ſiue ex naturali iure mulieris eſſe intelligantur, ſiue ſecundum legum ſubtilitatem ad mariti ſubſtantiam perueniſſe videntur per vtramque viam.* Si enim verba de quorum ſenſu agimus decidendo dixiſſet, nonne ridiculus eſſet, dubitando in cuius dominio res dotales ſint?

5 Secunda ea eo deducitur, quòd eo loco Imper. agit de quacunque re in dotem data, ſiue æſtimata ſit, ſiue inæſtimata, vt ex initio legis liquido conſtat, ergo in prędictis verbis non loquitur decidendo, ſed arguendo, conſtat enim rerum æſtimatarum in dotem datarum, maritum dominum pleno iure eſſe, cum earum periculum ad ipſum ſpectet, *l. vnica, §. cumque ex ſtipulatu, C. de rei vxo. act. l. 3. l. 10. C. de iure dot.*

6 Cum ergo contractus dotis ſuaptè natura maritum efficiat pleno iure dominum rei dotalis, manifeſtum eſt eum ſuaptè natura nullum ius parere præter actionem per quam maritus rem perſequi poſſit. Huiuſmodi enim ius nullam afferret vtilitatem. Nam vt maritus plenum dominium rei dotalis conſequatur remq́ue in dotem datam perſequi poſſit, huiuſmodi ius non eſt neceſſarium, quemadmodum videmus in donatione, venditione, permutatione, & alijs contractibus, per quos dominium pleno iure transfertur.

7 Si ergo ſuaptè natura ius iſtud non oritur ex cõtractu dotis, neceſſe eſt, vt aliqua lege id fuerit introductum ob aliquam vtilitatem, neque enim a veteri iure, vel a ratione iuris diſcedimus ſine vtilitate, *l. ius ſingulare, ff. de legibus, l. 4. de conſtit. Princip.* Ius autem iſtud, aut cauſam idoneam, cur hoc fieret, nemo quem viderim hucuſque indicauit, ergo interim nec a veteri iure, nec a natura contractus dotis diſcedemus.

8 Vt autem intelligas cauſam nullam adeſſe, cur hoc fuerit conſtitutum, conſidera duos dotis ſtatus, eum ſcilicet, quem ſecundum ſuam naturam habet, & eum quem nunc retinet, ſecundum naturam dotis, maritus eius dominium pleno iure nanciſcitur, nec vllo caſu tenetur eam reſtituere, hodie verò ſecus eſt, nam ſoluto matrimonio dos reſtituitur, *l. vnica, C. de rei vxor. actione.*

Si primæuum ſtatum dotis reſpicimus, euidens eſt, nullam cauſam eſſe, cur hoc ius introduceretur, nam marito ſufficit titulus, & actio de dote ad dominium rei pleno iure conſequendum, & ad rẽ, ſi ab alio occupetur perſequendã, ſi verò hęc tẽpora reſpicimus idem eſt, quia vt dos ſoluto matrimonio recuperari poſſit, actio de dote ſufficit ſiue apud maritum res dotalis extet, ſiue apud alium, *l. in rebus, C. de iure dot.* quæ ergo vtilitas ea huius iuris introductione oriretur?

9 Hæc pro noſtra ſententia ſatis. Argumenta partis aduerſæ nunc diſſoluamus. Primò loco mouentur *ex l. 1. ff. de dote prælegat. & ex l. 5. ff. de impenſis in reb. dot. fact.* in his enim locis dos a rebus dotalibus diſtinguitur, ergo ex dote oritur ius quoddam a rebus dotalibus diuerſum.

10 Reſpondeo dotem ibi accipi pro actione de dote, vt oſtendi in capite ſequenti, quæ vtique diſtat a rebus dotalibus, & eſt ius, ſed non eo ſenſu, quo nos quærimus, alioquin quod de dote aduerſarij aſſerunt, de alijs contractibus affirmandum eſſet.

11 Mouentur ſecundò, quia dote in pluribus rebus conſiſtente impenſa in vna re facta, ea alia deducitur, *l. ſi ir quis, §. quod dicitur, ff. de iure dot.* & ideò impenſa in ſemine facta ea vindemia deducitur, *l. ſi fundus, §. 1. ff. sol. matr.* quod nulla alia ea cauſa accidit, quàm quia dos eſt ius vniuerſale, cuius proprium eſt, vt impenſa in vna re facta ex alia deducatur, Barr. *in l. in fundo, ff. de rei vend.*

Reſpondeo impenſam factam in fundo, dotem in pecunia conſiſtentem minuere, quia compenſatio ipſo iure diminuit actionem mulieri competentem, vt expoſui c. ſequenti num. 16. ideò autem ex vindemia deducitur ſeminis impenſa, quia, vt ait I.C. totius anni fructus eſt, quod ante me rectiſſimè monuit Alſanus *loco indicato, c. 15. num. 2.*

12 Mouentur tertiò, quia dos creſcit fructibus, fętu, alluuione, & theſauri inuentione, *l. ſi marito, §. vlt. l. ſi ante, l. diuortio, §. ſi fundum, ff. ſolut. matrim. l. 4. de iure dot. l. vnica, §. cumq́ue, C. de rei vxo. act.* ergo dos eſt ius vniuerſale, cuius proprium eſt creſcere, & diminui.

Reſpõdeo, quod dicitur dotem creſcere, vel minui ad actionẽ de dote referendũ eſſe, nam ſi res in dotẽ datæ minuãtur, actio de dote vtique diminuetur, ſi è cõtra rebus in dotẽ datis aliæ accedãt, quas per eandẽ actionẽ perſequi liceat, ipſa iure meritò aucta dicitur, ſed non inde ſequitur, ergo dos eſt ius vniuerſale. Nã idem accidit in rebus feudalibus, emphiteuticis, vſuſructuarijs, etenim ſi harum aliqua pars pereat, actio diminuitur, ſi aliq̃d accedat actio creſcit, & tamẽ nemo ait hæc eſſe iura vniuerſalia.

13 Quartò, pro recepta ſententia adducitur hęc ratio. Proprium eſt iuris vniuerſalis, vt res ſuccedat loco pretij, *l. ſi & rem, & pretium, ff. de petit. hæred. l. Imp. 7x. in fine, cum l. ſeq.* ergo dos eſt ius vniuerſale, quia res ex pecunia dotali empta efficitur dotalis, *l. res quæ, ff. de iure dot.*

Reſpondeo, An res dotalis efficiatur illa quæ empta fuit ea pecunia dotali, non dependere, an dos ſit ius vniuerſale, ſed an maritus poſſit vxori acquirere, vt declarat textus *in l. ex pecunia dotali, C. de iure dot.* dum ait. *Ex pecunia dotali fundus a marito tuo comparatur non tibi quæritur, cum neque maritus vxori actionem empti poſſit acquirere*, & iure meritò, quia ius vniuerſale non poteſt efficere, vt quis alteri acquirat ſine mandato, quia id nullibi ſcriptum reperitur, quod enim legitur *in dicta l. ſi rem, & pretium*, dependet ex alio principio, ſcilicet ea odio quo lex malæ fidei poſſeſſorem proſequitur, & ex eo, quod poſſeſſor hæreditatis tenetur reſtituere quidquid occaſione ipſius lucratus fuerit, vt apertè indicat I. C. *in verſ. in prædone, & in verſ. oportet igitur.* Deciſio autem textus *in dicta l. Imp. §. fin.* ex eo pendet, quia aliàs fraudandi fideicommiſſi alienatio facta cenſeretur. vide *l. Titius, ff. ad S.C. Trebell.*

14 Aduerte autem te a. *in dict. l. res quæ*, dum indiſtinctè ait. *Res quæ ex dotali pecunia comparatæ ſunt, dotales eſſe cenſentur.* Intelligendam eſſe, cũ mulier ipſa,

ipſa, vel alius eius mandato rem comparauit, vt intelligunt Gloſ. Bart. Salic. Io. Fab. & alij *in d. l. ex dotali pecunia*, quia non poteſt maritus actionem ſine mandato vxori acquirere, neque te remoretur, quod generaliter I. C. loquitur, quia ipſe vſui rerum, & ijs quæ communiter accidunt ſermonē adaptat, quando enim conuenit inter coniuges, vt ex pecunia in dotem data res comparetur, id fit, tē, vt accidit plerumque accipiendo, quia veretur mulier, ne maritus dotem perdat, & ideò tunc marito non numerantur nummi dotales, ſed apud aliquem deponuntur; cum ergo maritus non poſſit pecuniam numerare, perraro accidit, vt ipſe rem emat ſine ſcientia vxoris. Non eſt ergo mirum, ſi I. C. de ſcientia vxoris non meminerit, ſed eam ſupponat, ſicut enim leges adaptātur ad id quod plerumque fit, *l. nam ad ea, ff. de legibus*, ita & earum interpretes, quæ enim perrarò accidunt negligimus, quam expoſitionem comprobat Modeſt. *in l. ita conſtante 27. ff. de iur. dot.* dum ait. *Ita conſtante matrimonio permutari poſſe dotem dicimus, ſi hoc mulieri vtile ſit vt ex pecunia in rem, aut ex re in pecuniam, idque probatum eſt.* Cum enim ait rem dotalem permutari poſſe, vtique intelligit, ſi modò conſenſus vxoris acceſſerit, & tamen huius conſenſus mentionem non facit, quia velut res neceſſaria ſubintelligitur, ergo eodem modo, cùm agitur de pecunia dotali, ſubintelligi debet conſenſus vxoris, quia vtique maritus ſine conſenſu eius, niſi ſpecialiter conuentum fuerit, non poteſt ex pecunia dotali in emptionem prædiorum deſtinatam, prædium comparare, quia mulieris intereſt huius rei notitiam habere.

15 Adducitur quintò tex. *in l. fin. C. de ſent. quæ ſine certa quantitate profer.* vbi libellus incertus in iudicio dotis admittitur, eo modo, quo fit in iudicijs vniuerſalibus, ergo dos eſt ius vniuerſale. Vt hoc argumentum clarè diſſoluatur, eſt animaduertendum, iudicium reſtitutionis dotis, de quo ibi agitur, dupliciter fieri poſſe. Primò quærendo, an venerit caſus reſtitutionis dotis. Secundò repetendo id, quod in dotem datum fuit, quod accidit, cum clarum eſt, dotis reſtituendæ tempus veniſſe. Primum iudicium in iure verſatur, ſecundum in facto; dum enim quæritur, an venerit caſus reſtitutionis dotis, quærimus, an maritus tunc obligatus ſit dotem reddere, quando verò id, quod datum fuit repetitur, ſolum quæritur, quid maritus nomine dotis acceperit.

16 In prædicto caſu, non fuiſſe diſputatum, an venerit caſus reſtitutionis dotis, inde liquet, quod de hac re nullum verbum eſt in tex. in quo ſolum fit mētio incertitudinis dotis, tripliciter autem, quod pertinet ad rem noſtram, potuit mulier libellum concipere. Primò nominatim exprimendo, quid dediſſet in dotem. Secundò id non exprimēdo, ſed ſe referendo ad cautionem, vel inſtrumentum dotale, vel ad teſtes, aut ad mariti confeſſionem. Tertiò ſimpliciter petendo id ſibi reſtitui, quod nomine dotis maritus acceperat.

17 Non fuit primo modo factus libellus, quia textus ait incertum fuiſſe, quid mulier peteret, itaque ſecundo, vel tertio modo eum mulier concepit, nam & ſi mulier ſe retuliſſet ad inſtrumentum dotale, ad teſtes, vel ad cōfeſſionem mariti, tamen incertum erat quid peteret, cum nec ex inſtrumento, nec ex teſtibus, aut ex confeſſione mariti conſtaret quid dotis nomine datum fuiſſet. Alias non rectè diceret tex. *cum incertum eſſet quod accepiſſet*. Non probant ergo aduerſarij libellum incertum ibi admiſſum fuiſſe cum ex eo non colligatur; an ſecundo, vel tertio modo libellum conceperit, & omnia quæ ibi dicuntur verificentur, etiam ſi libellus ſecundo modo fuiſſet conceptus, quo caſu falſum eſt libellum incertum fuiſſe & obſcurum.

18 Vt tamen intelligas tertio modo libellum non fuiſſe conceptum, animaduerte, libellum in iudicijs ab actore dari, vt reus intelligat, quid a ſe petatur, vt deliberare poſſit an expediat litem proſequi, & ideò non poteſt fieri, vt libellus, ex quo non intelligitur, quid petatur, vllo caſu ſuſtineatur, etiā parte non opponēte, quia, cum careat ijs, quæ ſunt de ratione, & ſubſtantia libelli, libellus non poteſt appellari, nec cōtrarium probat *lex fin. C. de annal. except.* quia ibi quantitas fuerat expreſſa, vt in legis initio, ſed cauſa ex qua reus tenebatur, fuerat omiſſa, quæ non reddit incertum libellum, eo ſenſu quo nos loquimur, quia lex ſupponit reum ex pluribus cauſis, quantitatis petitæ fuiſſe debitorem, etiam ſi enim ignoraret, ex qua potiſſimum cauſa conueniretur, tamen ſe debitorem huiuſmodi quantitatis eſſe ſciebat, & ideò poterat deliberare, quid ſibi expediret. Vt interim omittam, ibi agi de validitate libelli ad effectum interrūpendę pręſcriptionis, in qua particularis ratio viget, vt in fine tex.

19 Et licet dum duo, pluresve contendunt de hæreditate, quolibet eorum aſſerente ſe hæredem eſſe, non fiat rerum hæreditariarum mentio, nō propterea ſequitur, libellum incertum eſſe, aut obſcurum, quia de iure agitur hæreditario, quod a rebus hæreditarijs non pendent *l. hæreditas, de verb. ſig.* qua ratione, ſi inter duos diſceptetur, vter ſit Epiſcopus, vel Canonicus, vel Eccleſiæ rector, non fit mentio rerum Epiſcopalium, Canonicatus, vel Eccleſiæ, ſed ſolum de dignitate, & titulo quæritur penès quem ſit. Non eſt ergo admittendum mulierem petijſſe ſimpliciter ſibi reſtitui quod in dotem dedit, quia tunc reus intelligere non poterat, quid peteretur, & per conſequens non poterat deliberare an litem ſuſciperet.

20 Sextum argumentum eſt huiuſmodi, fructus augent dotem, & per eandem actionem petuntur, *l. ſi marito 32. §. fin. ff. ſolut. matr.* ergo dos eſt ius vniuerſale, hoc enim proprium eſt iuris vniuerſalis, *l. item veniunt, §. fructus, ff. de petit. hæred.* verba autem *d. §. fin.* hæc ſunt. *Si fundum dotale recepiſſet mulier, non habita ratione fructuum pro portione anni, quo nupta non fuiſſet, nihilominus de dote agere poteſt, quia minorem dotem accepiſſet, hoc enim ad augmentum dotis pertinet.*

21 Reſpondeo non omnia quæ actione de dote petuntur eſſe verè, & propriè dotem, nam ſi pater ſoluto matrimonio genero ſoluerit aliquid nomine dotis, id repetit actione de dote *l. ſi pater, 42. ff. ſol. matr.* & tamen nemo dicit id, quod traditur ſoluto matrimonio eſſe dotale, cum per diſſolutionem matrimonij titulus dotis extinguatur *l. vnica, §. conſtante, ff. pro dote*, & ex eodemmet textu, quo aduerſarij vtuntur, clarè probat, dum ait. *Quemadmodum*

modum si partum ancillarum non recepisset, aut lagata, aut hæreditates, quæ post diuortiū per seruos dotis acqui sitæ marito fuissent. His enim verbis affirmat tex. eadē actione de dote ea peti, quę serui dotales post di uortium acquisiuerunt, ad idem est *l. quoties, ff. de iure dotium*, & tamen nemo affirmauerit res per huiusmodi seruos, soluto matrimonio, acquisitas effici dotales. vide *l. 3. ff. de fund. dot.* atque ita rectissimè intelligit hunc text. Accurs. *in verbo de dote*, necnon Ruin. *in rub. sol. matr. num.* 77. quem etsi impugnet Barb. *ibi par. 3. num.* 65. tamen nihil efficit, neque enim probat acquisita per seruos dotales soluto matrimonio, dotalia effici, quod tamen necesse erat probare, vt responsio Ruin. corrueret.

22 Et ex his, vt existimo, dissoluta sunt potissima argumenta, quæ contra nostram sententiam adseruntur, alia enim leuia sunt, & ab alijs, præsertim ab Alfano satis superque profligata fuere, illis itaque omissis, ad alia accedamus.

Cum ergo contractus dotis non pariat aliquod ius vniuersale, consequens est dotem, quæ per huiusmodi contractū in esse deducitur, esse, vel actionem de dote mulieri competentem, vel id quod in dotem datum fuit, vtrumque enim a iuris nostri conditoribus nomine dotis appellatur; nam quò ad actionem mulieri competentem ad dotem soluto matrimonio recuperandam, eam nuncupari nomine dotis manifestum est, cum plurimis in locis iuris nostri, legamus mulierem, quæ dotis nomine pecuniam numerauit, dotem habere, hoc enim ad solam actionem de dote referri potest, hucque trahi debet quod legitur *in l. 1. C. de dot. caut. non numerat.* cum ait. *Dotem numeratio, non scriptura dotalis instrumenti facit; & ideò non ignoras, ita demum ad petitionem dotis admitti posse, si dotem a te re ipsa data probatura es.* Quędam enim mulier exposuerat Seuero, & Antonino A.A. in instrumento dotali scriptam fuisse dotem datam fuisse, & quærebat, an sibi liceret eam repetere, & respondent, *dotem numeratio, non scriptura dotalis instrumenti facit*, id est actio mulieri aduersus maritum non ex scripturā acquiritur, sed numeratione, & ita demum competit mulieri actio de dote, si numeratio probetur.

Hac de causa factum est, vt cum quærimus, an mulier dotata sit, inspiciamus, an habeat actionem de dote contra maritum, quod si actio competat, dotata erit, sin minus mulier indotata appellabitur. vide tex. *in l. cum in fundo* 8. *§. quod si mulier, & §. sequenti, ff. de iure dot. in l. cum pater* 11. *versiculo quodque, ff. de pact. dotalibur, in l. 1. §. si sub condit. ff. de collat. dotis*.

23 Res quoque in dotem datas, nomine dotis nuncupari euidentissimum est, legimus enim *numerare dotem in l. si pater* 42. *ff. solut. matr. & in tit. C. de dot. caut. non numer. dotem suscipere in l. finali, C. de dot. caut. num. dotem tradere, l. 8. ff. de collat. dot. dotem reddere, l. iure succursum, ff. de iure dot. dotem exigere, l. 3. C. de iure dot. accipere dotem æstimatam, l. cum dotem* 10. *eodem tit. dotem penès maritum remanere, l. licet, eod. tit. C. de iure dot.* & res manifestior est, quam probatione indigeat.

24 Videamus ergo quidnam ex istis dos sit, & vt breuibus me expediam, distinguo, aut enim pecunia, vel res æstimata in dotem fuit data, aut res inæstimata, si æstimatam rem accepit maritus, tunc euidens est dotem esse non posse, id quod in dotem datum fuit, quia mariti, pleno iure efficitur, eique licet de re libere disponere, quod si fecerit adhuc tamen mulier dotem habere dicitur. vide *l. 1. in l. 10. C. de iure dot. in l. vnica, §. cumque ex stipulatu, vers. & nouissimè, C. de iure dot. l. in fundo, §. quod si mulier, & §. sequenti, ff. de iure dot.* dos ergo tunc in actione de dote mulieri, vel ei, cui maritus promisit dotem restituere, competente consistet, quod indè manifestum est, quòd mulier, quousque hanc habet, dotē habere dicitur, & dotata appellatur.

25 Si verò res inæstimata in dotem fuerit data, puto dotem esse rem in dotem datam, quod inde patet, quod mulier dotata dicitur, quousque hęc salua est, & indotata appellatur, si hæc perierit. vide *l. plerumque* 11. *in l. res in dotem* 44. *ff. de iure dot.*

26 Ideò autem nō dixi in hac specie dotem in actione mulieri competente, consistere, quia actio, rei dotalis accessio, & sequela est, eaque salua manente, manet, & pereunte, perit, nisi culpa mariti res perempta sit. vide *l. in rebus, ff. de iure dot. & l. si extraneus, eod. tit.* quo casu actio ad id, quod interest magis est, quam de dote, re verè considerata.

27 Ex prædictis intelligimus, an dos promissa sit verè, & propriè dos; nam ex dictis sequitur dotem per promissionem non constitui, quod expressè docet *l. 1. C. de dot. caut. non numerat.* & iure meritò, quia mulier non acquirit actionem contra maritū, antequàm dos tradatur, si per maritum non steterit. vide *l. si rem æstimatam, cum l. sequenti, & l. si extraneus, ff. de iure dot.* neque etiam fundus fit dotalis nisi fuerit traditus, *l.* 13. *de fundo dotal.* & ideò Iureconsultus *in l. penult. in fine, ff. de iure dot.* dicit dotem promissam futuram esse dotem.

28 Interdum tamen dotis promissio, ad instar dotis veræ censetur, quando eundem effectum parit, vt accidit in materia collationis, quæ introducta est ad æqualitatem seruandam, *l. 1. ff. de collat. bon. in princip.* inæqualitas enim introducitur per promissionem dotis, æquę ac fit per traditionem. vide *l. 1. §. si stipulationem, ff. de coll. dot. in l. 2. C. de collat.* quod inde patet, quod si promissio non acquisierit ius perfectè mulieri, non fit collationi locus, *vt in dicta l. §. si sub conditione.*

29 Ex prædictis etiam deciditur quæstio apud nostros exagitata valdè, an soluto matrimonio illicò dos desinat esse dos, nam cum tunc fundus dotalis maneat, *l.* 12. *ff. de fund. dot.* & actio de dote mulieri competens duret, & vires suas tunc exerceat, concludendum esse videtur, dotem soluto matrimonio verè, & propriè dotem esse.

30 Res tamen aliter se se habet, quod vt intelligas duos considera casus. Primus, cum per mortem vxoris matrimonium soluitur. Secundus, cum id accidit per mortem viri.

Cum matrimonium morte vxoris soluitur, euidens est, dotem amplius non adesse, quia dos dicitur alicuius mulieris dotatæ dos, & ideò licet actio ad dotem repetendam ad hæredes transeat, tamen dos non adest, quia non transit cum eadem qualitate, eam enim non habent hæredes iure proprio, sed beneficio alieno, & ex persona alterius, quod est illud, quod in hac re consideratur, nam actio

huiuſmodi eo tantum caſu efficit, vt perſona, cui competit dotata intelligatur, ſi iure proprio, non ex ſucceſſione alterius illam habeat.

31 Et hoc eſt quod inſinuat Vlp. *in l.* 1. *ff. pro dote. Cæterum ſi ceſſet matrimoniū Caſſius ait, ceſſare vſucapionē, quia ei dos nulla eſt.* Initio enim tex. tractare cęperat, quando vſucapio pro dote procedat, & tria diſtinxerat tempora, ante matrimonium, matrimonio conſtante, & poſt matrimonium, cūque de primis duobus temporibus egiſſet, prædicta verba ſubdit, in quibus de tertio tempore agitur, & ait tunc vſucapionem pro dote ceſſare, quia marito nulla dos eſt cum mulier, cuius dos erat, eius vxor eſſe deſijſſet.

Cuius tex. vim, & ſi aliqui euitare conentur, dicendo ibi agi de caſu, quo matrimonium non tenet, nihil tamen agunt. Primò, quia de huiuſmodi re agit I. C. in verbis ſubſequentibus, dum decidit vſucapionem pro dote non habere locum, cum matrimonium non tenet, etiamſi bona fide fuerit cōtractum. Secundò, quia I. C. defectiuus fuiſſet omittendo tertium tēpus, de quo etiā dicere propoſuerat. Ex eodem fonte oritur vt nō valeat pactum, ne dos reddatur, *l. vt autem* 16. *ff. de pact. dot.* quia extinguitur dos ſoluto matrimonio, & ideò fieri non poteſt vt ex titulo dotis a marito tunc retineatur.

32 Cum autem morte mariti matrimonium ſoluitur, aut dos conſiſtit in pecunia, aut in fundo. Si in fundo conſiſtat, aut in alia rē inæſtimata, mulier dotem habere verè, & propriè dici non poteſt, quia dos habet relationem ad virum, & vxorem; audi I. C. *in l. quamuis, ff. de iur. dot. Quamuis in bonis mariti dos ſit, mulieris tamen dos eſt.* & ideò alibi legimus, *Neque enim dos ſine matrimonio eſſe poteſt, l.* 3. *de iur. dot.* nota illud verbum *eſſe*, quod ſignificat dotem ex iſtere non poſſe ſine matrimonio, & ideò malè ab illis exponitur tex. qui eum intelligunt de initio, & conſtitutione dotis, quos clarius confundit id, quod I. C. ſubdit dicens, *Vbicumque igitur matrimonij nomen non eſt, nec dos.* Hęc enim verba ad exiſtentiam dos pertinent, non autem ad eius conſtitutionem.

33 Quæ opinio ex eo clarior fit, quod fundus dotalis ſtatim reddi debet, *l. vnica, C. de rei vxor. act. §. cum autem, verſ. exactio.* Cæteræ autem res mobiles, aut ſe mouentes intra annum, vna cum fructibus, & omnibus earum emolumentis, vt eo loci habetur *verſ. ſimilique modo*, hinc enim ſequitur has res ad mulierem non titulo dotis pertinere, ſed alio, quia quouſque titulus dotis durat, fructus pertinent ad maritum, & apud eum res manet.

34 Si verò dos in pecunia conſiſtat, res aliter ſe habere videtur, cum mulier actionē de dote habeat, quæ dotem conſtituit. Idem tamen puto, quia vt probaui num. 32. dos relationem habet ad maritū, & vxorem, & ideò ibi eſſe non poteſt, vbi non eſt matrimoniū, nec nocet quod mulier actionem de dote habeat, quia non eodem modo habet, quo eā habebat durante matrimonio, tunc enim habebat actionem ad rem, quæ ad ſe, & ad maritum pertinebat, ſoluto autem matrimonio eam habet, velut ad rem pleno iure ad ſe ſpectantem; quod exemplo declaro. Quouſque vſuſfructus durat dominus actionem habet velut ad rem ad ſe iure proprietatis pertinētem, & quouſque durat actio in hoc ſtatu vſuſfructus durat, qui ſi fuerit extinctus, actio quidem eadem competit domino, ſed velut ad rem pleno iure ad ſe ſpectantem. Argumenta, quibus pars aduerſa nititur, facile eſt ſoluere ex his, quæ dixi in hoc, & in antecedenti capite.

Dotem per impenſas neceſſarias ipſo iure minui, quomodo ſit intelligendum, ad explicationem l. 5. ff. de impen. in reb. dotal. fact. & l. ſi is qui 57. §. quod dicitur, de iure dotium. *Cap. III.*

1 Difficilimæ explicationis eſt, quemadmodum intelligi debeat id, quod dicitur, impenſas neceſſarias dotem ipſo iure minuere, de qua ſe gloſ. agit pluribus in locis, ſed præcipuè *in l.* 5. *de impenſ. in reb. dotal. fact.* & ibi Bart. latiſſimè autem hanc rem examinant DD. *in rub. ff. ſol. matr.* præcipuè Soc. iun. & Barboſ. luculentes etiam hanc rem exponit nouiſſimè Vincent. Alfan. *in commentario de vera ſubſtantia dotis c.* 1. *cum tribus ſequentibus.* de eadem quæſtione agit Cuiac. *lib.* 23. *obſer. c.* 2. *& in l.* 1. *ff. de dot. prælegata.*

2 Ego, non quid alij ſenſerint exponam, neque enim id, ad rem intelligendam conducere puto, ſed quid mihi in mentem venerit, breuibus explicabo; veniam autem dabunt mihi ſtudioſi, ſi non in omnibus collimauero. Nam hæc res adeò obſcura eſt, & tot repleta difficultatibus, vt inter difficiliores iuris noſtri quæſtiones, mea quidem ſententia, numerari poſſit.

3 Melius autem totam hanc quæſtionem intelligemus, ſi ſententiam I. C. *in l.* 5. *de impenſ. in reb. dot. fact.* aſſequemur, is autem ſic incipit. *Quod dicitur, neceſſarias impenſas dotem minuere, ſic erit accipiendum, vt & Pomponius ait, non vt ipſa res corporaliter diminuantur, vt puta fundus, vel quodcumque aliud corpus, etenim abſurdum eſt, diminutionem corporis fieri propter pecuniam.* Explicaturus erat Vlpianus, quemadmodum impenſæ minuant dotem, ſed quia dos multipliciter accipitur, & potiſſimum pro rebus in dotem datis, propterea prius declarat, quæſtionem hanc non pertinere ad corpora dotalia, quia natura non patitur, rerum in dotem datarum diminutionem fieri, propter impenſam in ipſis factam.

4 Quia tamen impenſa huiuſmodi rem dotalem aliquo modo afficit, propterea I. C. ſubdit hæc verba. *Cæterum hæc res faciet deſinere fundum eſſe dotalem, vel partem eius.*

Fundus deſinit eſſe dotalis dupliciter, vel quò ad quid, id eſt quò ad aliquem effectum, vel ſimpliciter, id eſt indiſtinctè, vt autem I. C. oſtenderet, ſe non agere de eo caſu, in quo ſimpliciter, ſed quò ad quid fundus deſinit eſſe dotalis, ait deducens ex ſupradictis concluſionem, *Manebit igitur maritus in rerum detentatione, donec ei ſatisfiat.* Si enim ſimpliciter deſineret fundus eſſe dotalis, maritus eum perpetuò retinere poſſet, nulla enim alia de cauſa ipſe cogitur eum reſtituere, quam ex eo, quòd dotalis eſt.

Conſiderabat ergo I. C. reſtitutionem rerum dotalium, quæ liberè ſoluto matrimonio fieri ſolet, & reſpectu eius aſſerebat, fundum deſinere eſſe dotalem,

dotalem, cum enim fundus retineri possit a marito, donec ei satisfiat, vtique quò ad effectum restitutionis, desinit esse dotalis.

5 Postquam autem dixit, dotalem fundum non perpetuò, sed ad tempus, idest quousque ei fuerit satisfactum, retineri posse, subdit haec verba, *Non enim ipso iure corporum, sed dotis fit diminutio*. His verbis continetur ratio eius, quod dictum fuerat, non licere marito perpetuò fundum retinere, nempe, quia impensae dotem minuunt, non corpora. Vis huius rationis haec est: Non potest maritus fundum perpetuò retinere, nisi actio de dote minuatur. Itaque, cum impensa corpora non minuat, nec actionem de dote minuere poterit, vbi dos in corporibus consistit; neque enim actio de dote minuitur, nisi obligatio mariti minuatur: obligatio autem mariti minui non potest, donec res, quas restituere tenetur, saluae sunt, nisi aliquo legitimo modo obligatus esse desierit, quod in casu nostro non accidit; neque enim impensa facta in fundo valet minuere obligationem mariti, quia speciei ad quantitatem compensatio non admittitur.

6 Dum ergo I. C. ait, *non corporum, sed dotis diminutionem fieri*, accipit dotem pro actione de dote mulieri competente, quod frequentissimum est, & ait; Per impensas actionem de dote, non corpora dotalia minui, non quidem vt ostendat, eo in casu diminutionem hanc contingere, sed vt probet tunc huiusmodi diminutionem adesse non posse, quia, scilicet sine diminutione corporum, actio de dote minui non potest.

7 Asserit ergo per impensam necessariam fundum non desinere esse dotalem simpliciter, sed quò ad quid. Cōtrarium tamen scribere videtur Paul. *in l. si is, qui 57. §. quod dicitur, ff. de iure dotium*, dum ait. *Quod dicitur necessarias impensa ipso iure dotem minuere, non eo pertinet, vt si forte fundus in dote sit desinat aliqua ex parte dotalis esse, sed nisi impensa reddatur, aut pars fundi, aut totus retineatur. Sed si tantum in fundum dotalem impensum sit per partes, quanti fundus est, desinere eum dotalem esse, Sceuola noster dicebat, nisi mulier sponte marito intra annum impensas obtulerit*.

Videtur enim asserere Paulus nullo modo fundum desinere esse dotalem, cum impensa valorem fundi non adaequat, & omnimodò fundum desinere esse dotalem, si tantum impensum fuerit, quanti fundus valet, quòd omninò a sententia Vlpiani discedit.

8 Difficilis equidem antinomia est, sed, ni fallor, commodissimè tolli potest adhibita distinctione, quam proposui; Vlpianus enim, cum ait, fundum, vel partem eius desinere esse dotalem, id dicit non rem simpliciter considerando, sed quò ad effectum restitutionis, & ideò non discordat a Paulo, qui rem simpliciter considerat, nam, & ipse admittit, fundum retineri posse a marito, quousque ei fuerit satisfactum, quod vtique non concederet, si eodem modo consideraret hanc rem, quo eam Vlpianus proposuit, idest, quò ad effectum restitutionis.

9 Non discordat ergo Paulus ab Vlpiano, dum negat, fundum desinere esse dotalem per impensam necessariam. Videamus modo, an ab eo dissentiat, dum admittit ex sententia Sceuolae fundum desinere esse dotalē, cum impensa ad valorem fundi ascendit, & vt existimo, nec in hac parte ab Vlpiano discordat, quod vt intelligas, notandum est, duobus modis fundum hoc in casu posse desinere esse dotalem, vel propter impensam, vel quia mulier, cui non expedit fundum oblata impensa redimere, eum habuerit pro derelicto.

10 Dico autem Sceuolam admittere, fundum desinere esse dotalem, non propter impensas, sed ex eo, quia praesumitur mulier eum habuisse pro derelicto, quod clarè ostendit, dum ait. *Nisi mulier sponte marito intra annum impensam obtulerit*.

Si enim ex vi impensae factae fundus desinit esse dotalis, cur annus expectatur? cur oblatio mulieris impedit fundum desinere esse dotalem?

11 Nota autem I. C. rectissimè sensisse, non statim praesumi mulierem fundum dereliquisse, sed post annum, nam cum interdum expediat mulieri fundum huiusmodi recuperare, etiamsi tantum impēsum fuerit, quanti valet, non erat idonea causa praesumendi animum habendi fundum pro derelicto, ex eo, quod expensa valorem eius adaequat, nisi tempus aliquod, intra quod deliberare posset, quid sibi expediret, elapsum esset. Cum autem vt plurimum annus sit temporis sufficiens ad deliberandum, meritò I. C. post huiusmodi temporis lapsum praesumit animum habendi fundum pro derelicto, & ideò iudex, cuius est munus volūtatis quaestiones dirimere, *l. 7. C. de fideicom.* poterit secundum circūstantias, maius spatium exigere, vel minori contentum esse, neque enim potuit I. C. aut debuit tempus huiusmodi praecisè constituere.

12 Ad praedictorū confirmationē plurimū, vt mihi videtur, vrget quod I. C. non admittit omnē oblationē efficere, ne dotalis desinat esse fundus, sed eam tantum, quae spontè facta fuit; hinc enim aperte colligitur, hanc rem ex animo mulieris pendere; & ideò non discordant Paulus, & Vlpianus, quia dum Vlpianus negat fundum desinere simpliciter esse dotalem, id ait vim impensarum considerans; aliud enim est quaerere, an fundus desinat esse dotalis propter impensas, an quia habitus fuerit pro derelicto.

13 Sed ad Vlpianum reuertamur. Is post praedicta ait. *Vbi ergo admittimus dotis diminutionem fieri?* quibus verbis manifestè videtur aduersari sibi ipsi, nam in verbis antecedentibus dixit, *Manebit igitur maritus in rerum detentatione, donec ei satisfiat, non enim ipso iure corporum, sed dotis fit diminutio*: hic locus torquet nostros, nec desunt, qui eum corruptum esse contendant, quibus non est assentiendum; satis enim idonea interpretatio ex dictis nu. 5. & 6. colligitur, ad quem locum te relego.

14 Quaerit ergo Vlpianus, quo in casu verum sit, dotem per impensas necessarias minui, & ait, *Vbi non sunt corpora, sed pecunia*; nam in pecunia ratio admittit, diminutionem fieri. Ex his verbis intelligimus, totam hanc disputationem pendere ex re data in dotem; si enim in quantitate consistat, impensae dotem ipso iure minuunt, si in corporibus, nequaquam. Rationem diuersitatis rectè explicat gloss. quia vbi dos in quantitate consistit, compensatio admittitur, quod est secus, cum dos ex corporibus constat. Vis huius rationis in hoc consistit,

dos minui non poteſt, niſi actio de dote mulieri cõpetens minuatur, minui autem actio non poteſt, niſi mariti obligatio diminuatur, obligatio autem mariti per impenſam factam non minuitur, vbi dos in corporibus conſiſtit, quia corpora dotalia per impenſam non minuuntur, nec compenſatio admittitur, quia ſpeciei ad quantitatem non datur compenſatio, vbi verò dos in quantitate conſiſtit compenſatio admittitur, & ideò propter impenſas tunc actio de dote minuitur, diminuta enim quantitate per compenſationem actio quoque de dote minor fit. vide tex. *in l. 10. C. de compenſat. in l. 4. in l. 21. ff. eod. tit. in l. quod in fructus, ff. de vſuris, in l. quod dicitur, de impenſ. in reb. dotal. fact. in l. rei indicatæ, §. 1. ff. ſol. matr. in l. 1. C. de iure dotiũ.*

15 Ita demum ergo dos minuitur per impẽſas, quoties in quantitate conſiſtit. Cautè ergo idem Vlpianus *in l. 3. in principio, de dote prælegata*, agens de ea dote, quæ per impenſas minuebatur, nõ indiſtinctè de dote loquitur, ſed exprimit, eam in quantitate conſiſtere, eadem de cauſa idem Vlpianus *in l. diuortio, §. fin. verſ. planè, ſol. matr.* dum ageret de impenſa neceſſaria facta in dote in corporibus cõſiſtente, non dixit dotem minui, ſed maritum repetendi impenſam ius habere.

16 Eandem cautionem habuit Papinianus, dum *in l. dotem, ff. de ritu nuptiarum*, agens de dote per impenſas diminuta, non de qualibet dote agit, ſed de ea, quæ ſoluitur, hoc eſt de ea, quæ numeratur, Iuſtinianus etiam *in l. vnica, §. taceat, C. de rei vxoriæ act.* eandem rem tractans ait, *Cum enim neceſſariæ quidem impenſæ dotis minuant quantitatem.*

Nota autem, vt diminutio fiat, ſatis eſſe, vt in dote ſit pecunia, etiamſi cum pecunia adſint corpora, diminutio tamen dotis fit per impenſas neceſſarias, teſte Paulo *in l. ſi is, qui 17. §. quod dicitur, ff. de impenſ. in reb. dot. fact.* dum ait, *Si pecunia, & fundus in dote ſint, & neceſſariæ impenſæ in fundum factæ Nerua ait, dotem pecuniariam minui*, ideſt actionem competentem mulieri ad repetendam pecuniam in dotem datam, niſi enim ibi dos pro actione de dote acciperetur, malè diſtingueretur dos pecuniaria a dote conſiſtente in fundo, iure autem tunc dos minuitur, quia compenſatio admittitur cum actione competente mulieri ad pecuniæ repetitionem, & per conſequens actio de dote per compenſationem diminuta, diminutionem doti affert.

17 Huic tamen ſententiæ aduerſari videntur ea, quæ ſcribunt Neratius, & Vlpianus *in l. quod dicitur 15. de impenſ. in reb. dot. fact. & in l. 1. verſ. quod diximus, de dote prælegata.* Neratius enim agens de impenſis neceſſarijs in dotem factis, ait, eas dotem non minuere, quia pro tutela dotis, quæ ad maritũ pertinet, factæ fuerunt; clarè enim ſentit, quod ſi impenſæ neceſſariæ non ſint ex illis, quæ ad maritũ ſpectent dotem minuere, ſiue dos conſiſtat in quãtitate, ſiue in corporibus, agit enim de dote in agris, vel ædificijs conſiſtente, Vlpianus autem *in l. 1. de dote prælegata*, ait, *impenſæ autem ipſo iure dotem minuunt, ſed quod diximus, ipſo iure dotem impenſis minui, non ad ſingula corpora, ſed ad vniuerſitatem erit referendum.*

18 Quò ad Neratium pertinet animaduertendum eſt dotem diminui dupliciter, vel quò ad valorem, vel quò ad ſubſtantiam; quò ad valorem ſemper dos minuitur per impenſam neceſſariam, quia tanto minus eſt in dote, quò ad valorem, quantum reſarciendum eſt marito, qui impenſas neceſſarias in dotem fecit, & hoc ſenſu loquitur Neratius, vt indicant illa verba, *Quæ autem impendia ſecundum eam diſtinctionem ex dote deduci debeant.* Nam impenſæ neceſſariæ, quæ dotem minorem reddunt, non deducuntur ex dote, ſed dotem minorem reddunt, itaque non aduerſatur Neratij opinio noſtræ ſententię, nos enim, de ea diminutione agimus, quę ſubſtantiam dotis tangit.

19 Ad Vlpianum veniamus, qui longè validius ſententiam noſtram oppugnare videtur, vt autem nodus hic difficillimus explicetur, meminiſſe oportet tex. *in l. 5. de impenſ. in reb. dotal. fact.* vbi Vlpianus clariſſimè docet, dotem per impenſas neceſſarias non minui, cum dos in corporibus conſiſtit, deſumptum eſſe ex eodem volumine, ex quo deſumptus fuit tex. *in dicta l. 1. ff. de dot. prælegat.* Scilicet ex notis ad Sabinum. Secundò animaduertere oportet Vlpianum *in dicta l. 1.* oſtendere velle, quemadmodum legatum dotis per impẽſas neceſſarias minuatur, cum autem id, eo tantum caſu accidat, quo dos per impenſas minor redditur *l. 6. de dote præleg.* conſequens eſt Vlpianum ibi de impenſis agere, quatenus per eas dos minor redditur.

20 His præcognitis dico, Vlpianum, dum *in d. l. 1.* ait, *quod diximus ipſo iure dotem impenſis minui, non ad ſingula corpora, ſed ad vniuerſitatem id erit referendum*, id ipſum explicare voluiſſe, quod dixit *in dicta l. 5. non enim ipſo iure corporum, ſed dotis ſit diminutio*, hoc eſt tunc demum dotem per impenſas neceſſarias minui, cum actio de dote vxori competẽs diminuitur, cum ergo huiuſmodi actio non minuatur, vbi in dote ſunt ſola corpora, conſequens eſt, per impenſas dotem non minui, vbi in ea ſunt ſola corpora. Itaque I.C. quod ait, *ad vniuerſitatem erit referendum*, exponi debet, ideſt *ad actionem de dote mulieri competentem.* At dices, cur Vlpianus vniuerſitatis nomine actionem huiuſmodi ſignificat? Reſpondeo, eum de actione dotis agere, quatenus per impenſas neceſſarias minuitur, cum ergo impenſæ huiuſmodi non minuaut actionem de dote, quando in ea ſunt ſola corpora, quia abſurdum eſt, corpora per pecuniam minui, nec quando per numerationem fuit dos conſtituta, quia vix eſt, vt in huiuſmodi dote fiant impenſæ, de quibus agimus, cõſequens eſt actionem de dote minui, cum in dote ſunt corpora, & pecuniæ, quo caſu vniuerſitas actio de dote rectiſſimè appellatur, quia ex pecunia, & corporibus conſtat, ſed de hac re ſatis. Ad tex. noſtrum reuertamur.

21 Poſtquam Vlpianus dixit impẽſam neceſſariam dotem minuere, vbi eſt pecunia, ſubdit hæc verba, *Proinde ſi æſtimata corpora in dotem data ſint ipſo iure dos, diminuitur per impenſas neceſſarias*, & iure meritò, quia tunc maritus non eſt debitor rerum, ſed æſtimationis, *l. 1. C. de iure dotium, l. cum, §. & cum lex, prope finem, C. de rei vxoriæ act.*

22 Pergit deinde, & ait. *Hoc de ijs impenſis dictum eſt, quæ in dotem ipſam factæ ſunt. Cæterum ſi extrinſecus non minuunt dotem*, concordat tex. *in l. 1. ff. de impenſ.*

impens. in reb. dotal. fact. vbi ratio huius rei redditur, ad quam explicandam valdè conducit tex. *in l. 4. in principio, eod. tit.*

23. His expolitis I. C. mouet disputationem, & inquit. *Sed si impensis necessarijs mulier satisfecerit, vtrum dos crescat? an vero dicimus, ex integro videri dotem datam, & ego vbi pecunia est non dubito, dotem videri creuisse.*

24 Ab hac sententia discordare videtur Paulus *in l. si is, qui, §. quod dicitur, de iure dot.* dũ ait. *Quid ergo si mulier impensas marito solueret? vtrum crescit dos, an ex integro data videbitur? Cuius rei manifestior iniquitas in fundo est secundum Sceuolæ nostri sententiã, nam si desinit dotalis esse poterit alienari, rursus quemadmodum fieri poterit dotalis data pecunia? an data pecunia in dotem esse videbitur, & magis est, vt ager in causam dotis reuertatur, sed interim alienatio fundi inhibeatur.* Vides Paulum admittere agrum in causam dotis reuerti, ergo admittit dotem crescere, etiam si in fundo consistat, quod Vlpiani sententiæ contradicit: hæc res, vt intelligatur, meminisse oportet, Paulum ex sententia Sceuolæ, dixisse in verbis antecedentibus, fundum desinere esse dotalem, cum impensa valorem eius adæquat, nisi mulier spontè intra annum impensam marito obtulerit, non quidem ex vi impensæ, sed quia mulier præsumitur eum pro derelicto habuisse, vt exposui a num. 9.

25 Quærit deindè, quid si mulier marito impensa soluerit, vtrum crescat dos, an ex integro data videatur? & mouet difficultatem, quia si ex sententia Sceuolæ fundus ex eo desinit esse dotalis, quia mulier habuit eum pro derelicto, sequitur muliere etiam post annum impensas soluente videri fundũ dotalem semper fuisse, quia hinc colligitur, mulierem eum pro derelicto non habuisse, & per consequens, si a marito fuisset alienatus, alienatio reuocari poterit, quod sententiæ Sceuolæ aduersari videtur, qui cum admittat eum desinere esse dotalem vtique admittit, eum alienari posse.

26 Hanc dubitationem vt tolleret Paulus ait. *Et magis est, vt ager in causam dotis reuertatur, sed interim alienatio fundi inhibeatur.* horum verborum sensus hic est. Fundus secundum Sceuolæ sententiam desinit esse dotalis, reuertitur tamen ad mulierem cum impensas soluerit, & ideò interim alienari non potest.

27 Fundus desinit esse dotalis secundum Sceuolæ sententiam, quia cum maritus videat mulierem, nec offerre quidem impensam ab eo in agro factã, iustam causam habet credendi, eam fundum habere pro derelicto, & ideò si incipiat eum possidere iure proprio, & velut rem, quæ ad se spectet pleno iure, non iniquè aget, quòd si mulier deinde soluerit impensam, quia hinc constat, eam fundum non habuisse pro derelicto, ager in causam dotis reuertitur, hoc est maritus incipit illum possidere pro dote, & hæc est ratio, cur interim alienari non possit, lex enim Iulia tunc habet locum, cum actio competit mulieri, vel competitura est *l. 3. de fundo dot.*

28 Non discordat ergo Paulus ab Vlpiano, quia dũ ait Paulus, fundum in causam dotis reuerti non significat, fundum, qui dotalis non erat, dotalem effici, sed maritum, qui iure proprio fundum possidebat, tunc incipere eum possidere titulo dotis, qui modus loquendi rectissimus est. vide tex. *in l. 3. §. genera, ff. de acq. poss.*

An valeat pactum, vt vxor onera matrimonij substineat, fructusq́ue dotis ad maritum pertineant. Cap. IIII.

EX ijs, quæ in primo huius libri capite, circa essentiam dotis, firmauimus, descendit: validũ esse pactum, vt maritus fructus dotis lucretur, mulier autem onera matrimonij sustineat. Cum enim x
præter onera matrimonij, multæ aliæ causæ impedire possint, ne mulier habeat eum in virum, quem desiderat, non debet vetari ipsi hæc omnia impedimenta tollere: igitur permittendũ ei erit, vt præter dotem obliget se ad onera sustinenda, cum hac ratione omnia impedimenta quandoque tollere possit. Dos enim aliqua remouet obstacula, reliqua tollit obligatio, quam suscipit, sustinendi onera matrimonij.

2 Cumq́ue dos constante matrimonio augeri possit *l. 19. & 20. C. de donat. ante nupt.* vtique permissum erit mulieri ea bona, ex quibus onera matrimonij sustinere vult, pro augumento dotis marito dare, etiam constante matrimonij, quod si fieri potest, cur pactum huiusmodi non erit permissum? quænam ratio differentiæ excogitari potest, quæ hoc pactum destruere valeat? quod enim aduersarij dicunt, naturam dotis esse vt deseruiat ea oneribus matrimonij, falsum est, vt ostendi d. cap. x. a num. 14.

3 Huic opinioni fauet Sceuola I.C. *in l. fin. in princ. ff. de doli mali except.* vbi hanc facti speciem examinat. *Pater pro filia dotem promiserat, & pactus erat, vt ipse filiam suam aleret, omnesq́ue eius homines Idem homo rusticanus genero scripsit, quasi vsuras præteritas ex dotis promissione: quæsitum est, cum ipse filiam suam exhibuerit, & maritus nullã impensam fecerit, an exceptio ex stipulatu, agente genero obstare debeat.* Omnes impensas subijt socer, maritus autem in onera matrimonij nil erogauit, & tamen petit vsuras dotis; videamus, an rectè petat. Et Sceuola contra maritum respondet his verbis.

4 *Respondi, si (vt proponitur) cum pater exhiberet, per errorem promisisset locum fore doli mali exceptioni*: maritus ergo doli mali exceptione repellitur, quia per errorem socer vsuras promiserat, ergo secundum iuris ciuilis subtilitatem pactum valebat, exceptio enim doli hoc supponit *l. 1. ff. de doli mali except.* Ergo si scienter quis faceret pactum huiusmodi plenum robur haberet, quia tunc doli mali

5 exceptio cessat, huic autem textui aduersarij respondent I. C. non supponere valere pactum quibus vsuræ marito promittuntur, quia vt illud consistat, necessaria sunt onera *c. salubriter, de vsur.* aiuntq́ue eum indicare voluisse, socerum non potuisse se defendere, cum deest error: scienter enim se obligando donare videretur *l. cuius per errorem, ff. de reg. iur.* sed nihil agunt, quia ex iuris canonici constitutionibus descendit, vt maritus, qui non sustinuit onera, non possit vsuras petere, etiã si promissæ fuerint. Aliud tamen est secundum iuris ci-

uilis ſanctiones, ſecundum quas licitum erat indiſtinctè vſuras dotis ſtipulari, & ideò I. C. nullam aliam cauſam affert, cur repellatur maritus, quàm quia per errorē promiſit ſocer. Aduerte autem regulam *l. cuius per errorem, ff. de reg. iur.* non ſatis commodè ad hanc rem adaptari poſſe, quia in *d. l. final.* de repetitione non agebatur, vſuras enim ſocer non ſoluerat, ſed dubitabatur, numquid marito agenti ad vſuras, exceptio erroris obſtaret.

6 Eidem opinioni fauet reſponſum eiuſdem Sceuolæ relatum *in l. penult. in principio, ff. de in rem verſo.* Species facti hæc eſt. *Pater pro filia dotem promiſit, & conuenit, vt ipſe filiam aleret. Non præſtante patre, mulier a viro mutuam pecuniam accepit, & mortua eſt in matrimonio.* Dubitabatur, an maritus contra ſocerum haberet actionem de in rem verſo, & Sceuola ait. *Reſpondi, ſi ab ea id, quod creditum eſt, erogatum eſſet, ſine quibus, aut ſe tueri, aut ſeruos paternos exhibere non poſſet, dandam in rem verſo vtilem actionē.* Ergo I. C. manifeſtè ſupponit huiuſmodi pactum valere, aliàs contra patrem actionem non daret.

Nec dicas, hoc intelligendum eſſe, cum dos marito non fuit tradita, quoniam Sceuola, qui in ſuis reſponſis illa verba addere ſolet *ſecundum ea, quæ præponerentur*, hanc circūſtantiam non omiſiſſet, ſi ea deficiente eius reſponſum non conſiſteret.

7 Adiuuat eandem opinionem aliud eiuſdem Sceuolæ reſponſum poſitum *in l. final. ff. de in rem verſo*, vbi caſus huiuſmodi examinatur. *Filiusfamilias vxorem duxit patre dotem promittente, & conuenit vt eam pater, aut ipſa ſe tueretur. Maritus ei mutuos nummos dedit, cum iuſtè putaret, patrem miniſtraturum eſſe tantum ſalarium, quantum dare filiæ conſtituerat; eos nummos ipſa in vſus neceſſarios ſibi, & in ſeruos, quos ſecum habebat conſumpſit. Deinde prius, quam pater ſalarium expleret moritur filia, pater impenſam recuſat. Maritus res mulieris retinet, quæro an de in rem verſo actio marito aduerſus patrem competat.*

Hoc in caſu cōuentum fuerat, vt ſocer, vel vxor onera matrimonij ſuſtinerent, vt inſinuant illa verba, *vt eam pater, aut ipſa ſe tueretur.* & clarius illa verba, *Eos nummos ipſa in vſus neceſſarios ſibi, & in ſeruos, quos ſecum habebat conſumpſit.* Et tamen reſpondet I. C. actionem competere marito contra patrem de in rem verſo, his verbis. *Si ab ea id, quod creditum eſt erogatum eſſet, ſine quibus aut ſe tueri, aut ſeruos paternos exhibere non poſſet, dandam de in rem verſo vtilem actionem;* ergo ſecundum eum nihil refert in propoſito, an maritus fructus dotis lucretur, cum de hac re non meminerit, quod tamen feciſſet, ſi id opus eſſe exiſtimaſſet vt pactum valeret.

8 Concludo ergo, valere pactum, vt mulier, vel ſocer onera matrimonij ſuſtineant, marito lucrante fructus dotis; quæ opinio placuit Specul. *in titulo qui filij ſint leg. num. 28.* Ang. *in Rub. ff. ſolut. matr. nu. 5. & conſ. 180.* Bald. Nouell. *de dot. par. 2. nu. 12.* necnon Surd. *in tract. de aliment. tit. 17. quæſt. 18.*
9 *num. 11. verſ. reſtringendo, & num. 27.* qui tamen hanc opinionem reſtringit eo caſu, quo mulier haberet vnde onera prædicta ſuſtineret, quæ reſtrictio mihi non placet. Nam vis pactorum non oritur ex diuitijs paciſcentium, ſed ex conſenſu eorum, *l. 1. ff. de pact.* efficit quidem debitoris inopia, vt creditor non poſſit conſequi id, quod ſibi debetur, ſed non efficit, quin ex conſenſu ille, qui promiſit, obligetur, ideò, cum mulier inops pactum huiuſmodi inibit, obligabitur, ſed non poterit maritus, pręe eius paupertate, fructum ex pacto capere, quia iuris ratio non patitur, vt mulier fame pereat. Si tamen diuitiæ ſuperueniant mulieri, pactum vtilitatem afferret marito, & hoc modo euitantur ea incommoda, quæ conſiderat Surdus loco annotato. Et ideò eius reſtrictione reiecta indiſtinctè verum erit pactum valere.

10 Contrariam ſententiam ſecuti fuerunt Bald. *in l. 3. in fine, C. de coll.* Rom. *in Rub. ff. ſolut. matrim. num. 40.* vbi Alexand. *num. 34.* Aretin. *num. 13.* Iaſ. *num. 22.* & Petrus Barbol. qui alios refert *par. 4. num. 12.*

Mouetur Bald. primo *ex l. final. in principio, ff. de dol. mal. except.* qui tex. nihil nocet, immò valdè pro noſtra opinione vrget, vt oſtendi num. 4.

Secundò mouetur Bald. *ex l. creditor, §. ſi inter, ff. mandat.* qui, vt mihi videtur, nihil commune habet cum re noſtra; eius verba hæc ſunt.

Si inter maritum, & ſocerum id actum eſſet, vel tacito intellectu, vt onus ad maritum rediret præſtante patre dotis vſuras nullam actionem ſuperfore ad recipiendum, quod negetur conſumptum, quod ſi pater puellæ, exhibitionem mandaſſe ſe doceat, actionem mādati cōpetere. Hic agitur de repetitione eius, quod expendit maritus in alenda vxore, dote non ſoluta, quod ideò non pertinet ad rem noſtram, quia nulla mentio pacti, de quo agimus fit a I. C.

11 Tertio loco Lud. Rom. dicebat, maritum teneri ad onera ſuſtinenda, ergo, cum mulier ſuſcipit hoc onus, remittit ei hanc obligationem, ergo donat, *l. ſi ſponſus, §. 1. ff. de don. int. vir. & vxor.* ergo non valet *l. 1. & tot. tit. de don. int. vir. & vxor.* eodem arg. vtitur etiam Alexand.

Nihil eſt. Quærimus enim, an pactum per ſe improbetur a iure ciuili, & ideò ſupponendum eſt, factum fuiſſe eo tempore quo fieri poſſunt huiuſmodi pacta inter coniuges.

12 Quartum arg. deducitur *ex l. ſi quis pro vxore, verſ. planè, ff. de donat. int. vir. & vxor.* dixerat I. C. quod ſi maritus ſtipulatus fuerit vſuras, eas ſine dubio petere poteſt, & ideò ſi petitionem earum maritus vxori remiſerit, eſſe donationem illicitā. Pergit deinde.

Planè ſi conuenerat, vt mulier ſe paſceret, ſuoſque homines, idcirco paſſus eſt, eam dote ſua frui, vt ſe, ſuoſque aleret expeditum erit: puto enim ab eo peti nō poſſe quaſi donatum, quod compenſatum eſt. Sic enim leguntur hæc poſtrema verba in Pandectis Florentinis.

Vides, I. C. continuare tractationem, quam cęperat, id enim clarè indicant illa verba, *Planè ſi conuenerat.* & ait, fructus dotis quos vir paſſus fuit, mulierem percipere, vt ſe ſuoſque aleret, non videri donatos, cum compenſati ſint. Ergo I. C. manifeſtè ſupponit, pactum, vt mulier ſe paſceret, ſuoſque homines, non efficere, vt maritus tunc lucretur fructus, cum mulier onera ſuſtinet, quia non rectè diceret, fructus compenſari cum oneribus; onera enim ſi ſpectant ad mulierem, viri debitum

appellari

appellari non possunt, & ideò fructus dotis cum oneribus compensari non possunt.

13 Hæc difficultas, vt mihi videtur, dissoluitur retinendo lectionem communem circa illa postrema verba, quæ in editione vulgara sic se habent, *quasi donatum, quod compensandum est*. hoc enim modo legendo hæc compensatio referri potest, non ad onera, sed ad dotis restitutionem, cum enim impensa facta in alendis seruis mulieris sit necessaria, *l. quod dicitur 15. ff. de imp. in reb. dot. fact.* vtique cum agendum erit de restituenda dote, compensandum erit id, quod hac de causa a marito, siue ex rebus eius, impensum fuerit, *iuxta l. 5. ff. de imp. in reb. dot. fact. cum similibus*, hoc enim sensu retento optimè procedit dictum I.C. hos fructus veluti donatos repeti non posse: id enim, quod pro impensis necessarijs pro muliere a marito erogatur, non petitur matrimonio durante, velut quid donatum aduersus iuris sanctionem, sed compensatur cum dote, quæ soluto matrimonio restituenda est. vide tex. *in l. si is qui 57. §. quod dicitur, ff. de iur. dot.* nec durum videatur a lectione Florentina discedere, licet enim, vt plurimũ bona sit, nõ tamen mẽdis caret, vt Cuiac. Ant. Faber, & alij eruditi ostenderunt, quod in hoc tex. facilius admittendum erit, quia ea retenta in difficultates inextricabiles incidimus.

Quintum arg. deducitur *ex l. 4. ff. de pact. dot.* dum ibi dicitur non valere pactum, vt fructus in dotem conuertantur, & maritus onera matrimonij sustineat, ergò è contra valere non poterit pactum, vt mulier sustineat onera matrimonij, & vir fructus dotis lucretur; inter virum enim & vxorem constitui ius diuersum non debet.

Respondeo, I.C. reddere rationem, cur pactum huiusmodi non valeat, quia dos sterilis esset, & ideò non esset apta ad mouendum virum ad matrimonium, quod est illud, in quo eius essentia consistit. Quæ ratio non pertinet ad casum, de quo agimus, quod enim mulier sustineat onera matrimonij non retardat finem mulieris nuptias scilicet; immò faciliorem reddit virum ad illas contrahendas, ideò nil mirum, si in his casibus diuersa dispositio adsit.

De statuto de lucro dotis: quis fuerit finis auctorum eius, qua de causa hoc lucrum deferant. An aduersetur iuris principijs. An sit fauorabile, & latè interpretandum. Cap. V.

1 MVltæ, variæque incidunt dubitationes circa leges municipales deferentes marito lucrum totius, vel partis dotis, præmoriente vxore sine filijs, cumque sint quotidianæ, haud inutile erit breuiter, ex iuris tamen principijs, aliquas earum explicare; quod vt efficiamus, prius intelligere oportet, Quis fuerit finis auctorum harum legum. Secundò, Qua de causa existimauerunt lucrum huiusmodi aptum medium esse, & idoneum ad finem prædictum consequendum. Tertiò, An leges istæ sint contra iuris rationem. Quartò, An sint fauore dignæ. Quintò, An sint strictè intelligendæ: quibus expositis facile erit ex ijs quæstionibus plures explicare, quæ frequentiores sunt in hac materia.

2 Quò ad primum, quis scilicet fuerit finis auctorũ harum legum, nemo certè dubitabit finem eorum fuisse faciliores reddere homines ad nuptias contrahendas; nullus enim alius finis idoneus excogitari poterit, quique dignus sit ea prudentia, quam in legislatore supponimus, idque docuerunt plurimi ex nostris, quos referunt Phanut. *de lucr. dot. glos. 2. in tex. nu. 64. & gloss. 8. num. 9.* Rol. a Valle *de lucr. dotis, quæst. 24. num. 7. cum sequentibus, & consil. 62. nu. 26. lib. 3.* Rota apud Seraphin. *decis. 250. num. 3.*

3 Et hæc opinio eo facilius est tenenda, quia vbique ferè in Italia leges huiusmodi vigent, non est enim credendum tot gentes, in alijs diuersa iura municipalia habentes, in eandem sententiam circa hanc rem venisse, nisi finis auctorum harum legum valde bonus esset, & prudentissimo viro dignus, proximæque tangeret aliquid, quod ad salutẽ Reipublicæ necessarium sit. Itaque necesse est dicere finem eorum fuisse, eum quem proposui, nam præter eum, nihil afferres, quod eiusmodi sit, vt meruerit tot gentium consensu comprobari.

4 Nec ab hac sententia re ipsa discrepant illi, qui dicunt, propter onera matrimonij fuisse datum hoc lucrum, de quibus Rol. a Valle *quæst. 4. de lucr. dotis.* Honded. *consi. 3. num. 27. & cons. seq. num. 42. lib. 1.* quia isti, non finem legislatoris, sed causam afferunt, cur lucrum hoc putauerit esse medium idoneum ad finem prædictum consequendum, & rectissimè dicunt, fuisse onera matrimonij, cum enim hæc retrahant homines a nuptijs, rectissimè crediderunt, auctores harum legum se posse, hoc lucrum deferendo, tollere difficultatem, quæ homines retardabat a nuptijs.

5 Itaque in effectu cum nostra concordant opinione, cum enim admittant, vt onera matrimonij minus deterrerent homines a nuptijs, hoc lucrũ dari, vtique concedunt, mentem statuentium esse faciles reddere homines ad nuptias contrahendas. Et licet multi profiteantur se a sententia nostra discordare putantes, verius esse lucrum istud dari, non ad inuitandum homines ad nuptias, sed propter onera matrimonij, tamen velint, nolint, in eandem incidunt opinionem, nam si ab ijs quæras, quænam mens, & intentio legislatoris fuit, dum compensationem hanc onerum concedit maritis, velint, nolint, respondebũt, hanc fuisse, vt faciliores eos redderet ad nuptias contrahendas, & per consequens ex omnium intentione concludendum est, mentem auctorum huius legis fuisse allicere homines ad nuptias.

6 Apparens autem hæc contrarietas ex eo nata est, quod non distinguunt finem legislatoris a causa, propter quam putauit lucrum istud esse mediũ idoneum ad finem eiusmodi consequendum, quod tamen oportet distinguere, quod exemplo erit facile ostendere. Si quęras ab adolescẽtibus, qui adeò frequentes ad hoc Pisanum Gymnasium confluũt, cur Iuris prudentiæ operam nauant, respondebũt, vt ciuium commodis inseruiant; si verò quæras, cur Gymnasium hoc potissimum elegerint, veluti medium idoneum ad hunc finem consequendum, dicent se id fecisse propter optima eius instituta; necnon propter Professorum eruditionem, & doctrinam, qua nullis alijs huius temporis antecessoribus cedunt.

7 Finis ergo auctorum harum legum fuit faciles

reddere

reddere homines ad nuptias contrahendas, vtque hoc aſſequerentur hoc ius nouum ſanxerunt, quia verò in rebus nouis conſtituendis euidens vtilitas eſſe debet, *l.4.ff. de conſt.Princip.* vtique dicendum eſt, non ſine vrgenti cauſa a Iuſtiniani iuris ſanctione, in hac parte receſſum fuiſſe, ea autem, & quidem vrgentiſſima cauſa fuit, quòd præ nimio luxu mulierum, & propter deprauatos mores, ęgrè homines nubunt: vir enim vxore carens, ex inueterata, praua tamen noſtrorum hominum opinione, non ijs ſubijcitur culpis, quibus obnoxij ſunt viri vxores habentes, ſi voluptati iacent, & Veneri, & ideò valdè verendum erat, ne homines huic vitæ generi aſſueſcerent cum incredibili animarũ, & Reipublicæ damno, & ideò, vt occurrerẽt huic periculo prudentiſſimè lucrum dotis maritis deſerunt; cum enim lucri cupiditas omnes ferè tangat, rectiſſimè putauerunt lucrum hoc, medium eſſe opportunum ad morbum illum tollendum, qui omnium ciuium mentem inuadere poterat; & hoc eſt, quod dicunt noſtri propter onera matrimonij hoc lucrum deferri marito, ad tollendam ſcilicet illam difficultatem, quam nuptijs onera afferebant.

8 Onera autem matrimonij non ſolum conſiſtunt in expenſis, quæ propter vxorem a marito fiunt, ſed in alijs incommodis, quæ ſecum nuptiæ afferunt, quæ re vera maxima ſunt, vt experientia docet, & expenſæ non ſolum conſiſtunt in illis, quæ tempore nuptiarum, ſed etiam in eis, quæ conſtante matrimonio fiunt in veſtibus, & alijs ornamentis, quæ in dies facere oportet; ſemper enim aliquid appetũt plereque mulieres, nec curant patrimoniũ viri in diſcrimen vocare, dummodo ſplendidas induant veſtes, & mundo muliebri ornatiſſimo inſtructæ ſint; & hæ impenſæ (mea quidem ſententia) maiores ſunt, ſi diu duret matrimonium, quam ſint illæ, quæ in initio nuptiarum fiunt, & ideò non benè ſentiunt illi, qui putant in his legibus præcipuè lucrum deferri propter impenſas, quæ tempore nuptiarum fiunt, cum in matrimonio aliæ ſint impenſæ æquè graues, aliaque ſint onera matrimonij, quæ longè magis retrahunt homines a nuptijs, quàm expenſæ prædictæ, incommoda ſcilicet, quæ matrimonij iugum affert; quæ auctores harum legum reſpexiſſe negari non poteſt, cum mens eorum fuerit faciles reddere homines ad nubendum, omnibusque illis occurrere impedimentis, quæ homines a nuptijs abducunt, quod vtique fructus dotis non poterant efficere, cum vt plurimum non ſufficiant impenſis, quæ propter vxorem fiunt in dies a maritis, vt admonet Summus Pontifex *in cap. ſalubriter, de vſuris*, & per conſequens hæc non erat compenſatio idonea pro incommodis, quæ matrimonium affert.

9 Nunc videndum eſt, an iuris rationi aduerſentur hæ leges; qua in re negatiuè concludendum eſt, vt oſtendi hoc libro cap. 1. nu.20. Eſt quidem hoc ſtatutum iuri Iuſtinianeo aduerſans, ſed non iuris rationi, quæ duo licet multi confundant, debent tamen diſtingui: nam cum non omnes Iuſtiniani leges ſint ſecundum principia iuris, (multæ enim extant a iuris ratione abhorrentes, quæ propter aliquam vtilitatem introductæ fuerunt, *iuxta l. ius ſingulare, ff. de leg.*) ſequitur, quod ſi mutatis circunſtantijs leges huiuſmodi abrogentur, legem nouam eſſe quidem iuris communis correctoriam, non tamen contra rationem iuris.

10 Quartò videndum eſt, an leges hæ fauore dignę ſint, & hoc dubitatione carere videtur; cum enim valdè expediat Reipublicæ, & pro ſalute animarum valdè opportunum ſit homines nubere, homines (inquam) qui Deo ſe nolunt dicare, vtique leges, quæ hoc fieri curant, fauore dignæ ſunt, quod docuerũt multi, de quibus Rol. a Valle *de lucro dotis, quæſtione 24. num. 7.* Fanuc. *eod. tract. gloſ. 1. num. 7.* cui opinioni non obſtat, quod auferatur mulieri poteſtas de dote teſtandi, quodque hæ leges a iure communi recedant, & per conſequens odioſæ cenſeri debeant, quoniam cum mulieribus magis vtile ſit, & neceſſarium, facilè virum reperire, quàm de dote teſtari, vtique leges hæ mulieribus potius fauent, quàm noceant. Damnum quidem non leue eſt, non poſſe mulierem de ſua dote teſtari, ſed hoc damnum ſi conferas cum vtilitate quæ inde oritur ipſis, dum facilius maritum reperiunt, vtique damnum cenſeri non debet, ſed commodum, & fauor magnus.

11 Quod ſi contendas immò damnum ſentire mulieres ex his legibus, dicam cum Iuſtin. *in §. quamobrem, Auth. de reſt. & ea quæ par. in 1. Ea quæ omnibus vtilia ſunt, ijs præferri oportere, quæ aliquibus proficua ſunt.* Et ideò cum Reipublicæ commodũ hæ leges afferant propter ſobolem, fauore dignæ cenſendæ ſunt, quod euidenter probat Iuriſconſultus *in l. hoc modo, in fine, ff. de cond. & demonſtr.* cuius verba hæc ſunt. *Hoc modo legato dato, ſi Lutio Titio non nupſerit: nõ eſſe lege locum Iulianus aiebat. Quod ſi ita ſcriptum eſſet ſi Aritiæ non nupſerit intereſſe, an fraus legi facta eſſet? Nam ſi ea eſſet, quæ alibi nuptias non facile poſſet inuenire, interpretandum, ipſo iure reſcindi, quod fraudandæ legis gratia eſſet adſcriptum, legem enim vtilem Reipublicæ ſobolis, ſcilicet procreandæ cauſa latam, adiuuandam interpretatione.* Ex hoc textu, vt dixi, clariſſimè probatur, has leges eſſe fauore dignas; nam factæ fuerunt ſobolis procreandæ gratia, ſicuti lex, de qua in eo agitur. Inſuper lex, de qua nos agimus, non eſt cõtra rationem iuris, vt eſt lex, de qua ibi agitur, quod plurimum refert *l. quod vero, ff. de leg.* Inſuper ſtatutum noſtrum (quod in lege prędicta non accidit) affert vtilitatẽ non leuem mulieribus, de quorũ bonis diſponitur (hoc enim nõ negabis, niſi planè proteruus ſis) & propterea ducto arg. a minori ad maius, euidens eſt, leges has magno fauore dignas eſſe.

Haſque leges maxime Reipublicæ vtiles eſſe ex eo cõuincitur, quod in omni ferè Italia vigent, hoc enim ius receptum non fuiſſet aduerſus ius commune tot in locis, niſi magna, euidenſque vtilitas id ſuaderet *l. 4. ff. de conſt. Princip.*

12 Ex eodem tex. etiam intelligitur, malam eſſe cõſequentiam, hæ leges a iure communi recedunt, ergo non ſunt fauore dignæ; nam prædicta lex non ſolum a veteri iure recedit, ſed etiam a iuris ratione, & tamen fauore digna exiſtimatur, quia ſobolis procreandæ gratia facta fuit. Solent quidem noſtri in re frequenter habere lex eſt correctoria, ergo odioſa eſt, ſed eſt mala conſequentia, vt oſtendi infra cap. 27. num. 18. & 19.

Ex

13 Ex eodem etiam textu clarè colligitur, has leges interpretatione adiuuandas esse, cum I.C. dicat, legem illam, licet contra iuris rationem sit, qua sola de causa strictissimè esset intelligenda *l. quod vero, ff. de legib.* interpretatione adiuuandam esse, hoc enim longè facilius in his legibus dicendum est, in quibus adest eadem causa, propter quam lex illa fauore digna putatur, & propter quam latè interpretari debet, & deficit illud obstaculum, quod sit contra iuris rationem.

Ad eandem sententiam firmandam confert tex. *in l. 4. ff. de fund. dot.* vbi dicitur legem Iuliam de fund. dot. plenius esse accipiendam ea sola de causa, quia vtilis Reipublicæ est, etiam si sit contra rationem iuris *§. per traditionem, Inst. de rerum diuis. & in princip. Inst. quibus alienare licet, vel non.*

14 Et iure meritò leges valde vtiles Reipublicę debent latè interpretari, cum magno fauore dignæ sint propter publicam vtilitatem, quę omnia secum trahit, nam vt scriptum fuit a veteribus, *Salus Reipublica suprema lex esto*, & ideò ab illis cauendum est, qui odiosum hoc statutum, & strictè interpretandum esse sentiunt, de quibus Rol. a Valle *de lucro dot. quæst. 2.* Fanuc. *eod. tract. gloss. 1. num. 2.*

Statutum de lucro dotis an habeat locum in dote promissa. Cap. VI.

1 CVm quæritur, an lex municipalis deferens lucrum dotis marito habeat locum in dote promissa, aliqui casus distinguendi sunt. Primus, cum simpliciter de dote loquitur. Secundus, cum loquitur de dote data. Tertius, cum disponit, maritum partem dotis mortua vxore lucrari, aliam verò partem restituere debere. Quartus, cum defert lucrum marito dotis, quam habuit.

2 Quò ad primum, quando statutum simpliciter de dote loquitur an habeat locum in dote promissa, duæ sunt, & contrariæ DD. opiniones, aiunt alij, alij negant. vide DD. *in rub. ff. solut. matrim.* Rol. a Valle *de lucr. dot. quæst. 5.* Fanuc. *eod. tract. in verbo retinenda, num. 2. cum sequentibus*, D. Fachin. *lib. 10. cap....*

3 Ego affirmatiuam sñiam probo, quoniam mens statuentium & causa, propter quā lucrū hoc defertur, necnon verba verificantur in dote promissa.

Mens statuentium adimpletur, quia hac retenta interpretatione faciliores redduntur homines ad nubendum. Cōsidero præterea, fuisse necessarium, vt dos promissa in statuto contineretur, vt eum finem assequi possent auctores eius, ad quem tendunt. Nam cum rarò accidat totam dotem tradi, cum nuptię contrahuntur, vt sæpè accidit, maritos cōcedere dilationem ad dotis partem soluendam, & per consequens non satis fuisset marito tribuere lucrum dotis, nisi etiam dos promissa contineretur, cum dotis solutę lucrum satis efficax non sit ad mouendos homines ad nuptias contrahendas.

4 Causa etiam, propter quam hoc lucrum defertur in dote promissa viget, immò in ea magis viget, quam in dote data; fructus enim dotis integrę, cum vt plurimum non sint satis ad onera matrimonij *cap. salubriter, de vsuris*, vtique magna ex parte ex proprio patrimonio, matrimonij onera maritus substinebit, cum tota dos sibi non fuit soluta, quod cum grauiora onera matrimonij reddat, maior est ratio lucrum deferendi, quàm sit, quando dos soluta fuit, & ideò non est credendum, huius statuti auctores, si voluissent inter hos casus differentiam constituere, illis verbis vsis fuisse, quæ commodè vtique casui conueniunt; in his enim, quæ a sensu hominum valdè recedunt solent legislatores clarissimis verbis vti, vt lex moribus recipi possit, & ne interpretatione eorum mens eludatur, vt frequenter accidit.

5 Verba denique satis conueniunt doti promissæ, nemo enim negat pluribus in locis iuris nostri, eam nomine dotis appellare, & ideò absurdam explicationem nemo dicet, aut reprehensione dignam eã, quam statuto nostro afferimus, dum dicimus nomine dotis etiam dotem promissam contineri, qui enim verba eo sensu accipit, quem probatissimi auctores receperunt, omni culpa caret; & certè ridiculus esset, qui in statutis, quæ barbarè plerumque scripta fuerunt, modos loquendi reprehenderet, qui a veteribus I. C. recepti fuerunt; nec obstat, quod, vt hanc admittamus interpretationem, recurrendum sit ad latam significationem, quia statutum fauorabile est, & interpretatione adiuuari debet, vt expostui cap. antecedenti a num. 11.

Itaque vis verborum, mens statuentium, & causa, propter quam lucrum hoc defertur, dotem promissam continent, ergo ex vi comprehensiua hæc procedit interpretatio, non ex vi exstensiua, & ideò caueas ab illis, qui putant hanc extensionem esse, constat enim de extensione agi, quoties verba legis non sunt satis ad id continendum, de quo agitur, tunc enim lex non dicitur trahi de similibus ad similia, sed exponi, & explicari, vt omnes sciũt.

6 Caueas autem, ne putes, vt hæc opinio locum habeat, necesse esse, vt maritus sustinuerit onera matrimonij, quia satis est, quod se illis subiecerit, neque enim statutū requirit, vt re ipsa maritus onera substineat, quia hoc non expressit, quod tamen erat necessarium facere, cum hæc circumstantia mutet dispositionem, & diuersificet ius, & ideò cum matrimonium suaptè natura subijciat maritum his oneribus, satisfactum fuit menti, & intentioni statuentium statim ac maritus contraxit nuptias, ipse enim tunc propter spem lucri oneribus matrimonij se subiecit, & ideò lucro a statuto delato dignus est.

7 Secunda est dubitatio, nunquid statutum deferens lucrum *dotis datæ* DD. habeat locum in dote promissa, qua de re agunt DD. *in Rub. solut. matr.* vbi Socin. iun. *par. 1. num. 52. & seq.* Rol. *de lucro dot. quæst. 6.* Fanuc. *eod. tract. gloss. 2. Rubrica num. 30.* D. Fachin. *lib. 10. cap....*

Ego etiam in hoc casu dotis promissæ lucrum deberi existimo, ex eo motus, quod huius statuti dispositio fauorabilis est, & interpretatione adiuuanda, & ideò largè debent eius verba accipi, vt expostui cap. antecedenti a nu. 11. ergo dotem datam hic accipimus largo modo, quantenus continet dotem constitutam, & promissam, largè enim accipiendo dotem datam, significatur etiam dos, quæ fuit constituta, licet non fuerit tradita, idque probo multipliciter.

Primò

8 Primò *ex l. final. C. de dotis promiſſ.* vbi in princ. ait Iuſt. *Si Pater dotem pro filia ſimpliciter dederit, vel pro filio donationem ante nuptias ſecerit* &c. deindè explicans id, quod in his verbis dixerat, inquit. *Dubitabatur apud veteres, vtrum ne videretur pater ex ipſo debito dotis, vel ante nuptias donationis feciſſe promiſſionem, vel donationem*, ergo in verbis antecedentibus illa verba *dotem dederit* exponuntur, ideſt dotem promiſerit, vel tradiderit, idq́ue probatur rurſus ex eodem tex. *in verſ. & in tali dubitatione*, dum ait. *Et in tali dubitatione multa pars legum latorum ſe ſe diuiſit, alio etiam incremento huic quæſtioni addito, ſi forte dixerit in inſtrumento dotali ex rebus paternis, vel maternis dotem, vel ante nuptias donationem dare: vtrum pro dimidia parte videatur datio, vel promiſſio facta eſſe*, quod enim dixerat dotem, vel ante nuptias donationem dare, ſtatim explicat, *vtrum datio, vel promiſſio pro dimidia facta videatur*. ergo cum dicimus dotem dare, ſi largè verba accipiamus, etiam dos promiſſa continetur.

9 Ad idem eſt tex. eiuſdem Iuſt. *in l. fin. C. de iur. dot. §. propterea*, dum ait. *Sin autem vbique res præter immobiles, fuerint in dotem data ſiue in argento, ſiue in muliebribus ornamentis* &c. hic enim illa verba *in dotem data* intelliguntur, ideſt in dotem promiſſæ, vt ex antecedentibus, & ſubſequentibus verbis tex. liquidò apparet. Idem habetur clariſſimè *in l. ſi rem, ff. de iur. dot.* dum ait. *Si rem mulier in dotē dederit, deindè eā morā faciente in traditione* cōcordat tex. *in l. ſi fundū 16. ff. de fund. dot.* dum ait, *ſi fundū mulier marito vt ſuum dederit in dotē, eumq́ue petere neglexerit vir.* Cuius rei te admiratio non capiat: alibi enim pater dare dicitur id, quod filijs in partes adſcripſit, etiam ſi non tradiderit, ſcilicet *in l. quæ pater la prima, ff. famil. erciſc.* & alibi dare dicitur, qui dare paratus erat etiam ſi non tradiderit, *vt in l. ſi ita ſtipulatus ſum Damam, aut Erotem, vbi gloſſ. ff. de verb. obligat.* & ex his facile tollitur fundamentum partis aduerſæ; dicemus enim dotem datam a dote promiſſa contra diſtingui, quoties ſtrictè dos data accipitur, quod in quæſtione noſtra fieri non debet.

10 Et hæc opinio ſine dubio recipienda erit, cum in ciuitate, vbi eſt ſtatutū, ſecundū cōem vſum loquendi, is dare dicitur dotem, qui eam promittit, qui vſus eſt in patria mea, & in ciuitate Piſana, idq́ue optimè animaduertit Rol. *dicta quæſt. 6. nu. 6.*

11 Idem erit dicendum, ſi alia ſint verba ſtatuti, quæ poſſint accomodari ad dotem promiſſam, veluti ſi Rubrica eius generaliter concepta ſit, tunc enim ex ea nigrum declarabitur, vt rectiſſimè exponit Rol. *quæſt. 9.* quod etiam ſequitur Fanucc. *vbi ſuprà num. 34.* Rota Romana, quæ alios refert *p. 2. in Recentioribus, deciſ. 31. num. 1.*

12 Si tamen retineas opinionem contrariam, quod ſcilicet hoc ſtatutum non habeat locum in dote promiſſa, caueas ab ea limitatione, de qua apud Achill. de Graſſ. *deciſ. 119.* & per Fanuc. num. 51. vt ſcilicet non habeat locum, quando maritus fideiuſſorem dotis accepit; nam hoc caſu veriſſimum eſt ſtrictè loquendo, dotem non fuiſſe ſolutam, & deficere qualitatem, quam ſtatutum exigit, vt lucro locus ſit: qui enim fideiuſſores accipit, non ſolutionem, vel quid loco ſolutionis accipit, ſed id, quod ſibi debetur in tuto ponit. Audi I.C. *in l. 1. §. ſed aut proprio, ff. act. & oblig. Qui autem alieno nomine obligatur, fideiuſſor vocatur, & plerumque ab eo, quem proprio nomine obligamus, alios accipimus, qui eadem obligatione teneantur, dum curamus, vt, quod in obligatione deduximus, tutius nobis debeatur.* Concordat Iuſt. *Inſt. de fideiuſſoribus, in principio*, inquiens, *pro eo, qui promittit, ſolent alij obligari, qui fideiuſſores appellantur, quos homines accipere ſolent, dum curant, vt diligentius ſibi cautum ſit*, ſi ergo fideiuſſores accipiūtur, vt nobis tutius debeatur, quod in obligatione deductum fuit, ergo fideiuſſio, nec ſolutio eſt, nec ſolutioni æquipollet, cum per eam prima obligatio imminuatur: immò toto cœlo fideiuſſio a ſolutione diſtat, cum illa ad extinguendū debitum tendat, hæc ad confirmandum. Qua ratione factum eſt, vt qui debitor eſt ciuitatis, & vult ad honores admitti, a quibus arcentur illi, qui aliquid ciuitati debent, niſi ſatisfecerint *l. reſcripto, §. debitores, ff. de mun. & honor.* ſi exhibeat fideiuſſores ex iure ſtricto non admittatur, ſed Principis beneficio opus ſit, vt ibi *verſ. plane, quod in dicta l. reſcripto, §. 1. not. optimè* Bart. docens eo caſu ſpeciale eſſe, vt fideiuſſio habeat vim ſolutionis, idq́ue confirmatur ex traditis per eundem Bart. *in l. 1. nu. 2. & 3. ff. de cuſtod. reorum, in l. item liberatus, §. 1. nu. 1. 2. & 3. ff. quib. mod. pign. vel hyp. ſoluat.*

13 Pro cōtraria opinione adducitur tex. *in l. ſi rē, §. 2. de pign. act.* vbi habetur, pignoratitiam actionē, quæ oritur ſoluta creditori pecunia ei debita, oriri, ſi fideiuſſores dederit.

Reſponſio deducitur ex principio tex. dum ait, *omnis pecunia exſoluta eſſe debet, aut eo nomine ſatiſfactum, vt naſcatur pignoratitia actio.* cum enim non requiratur præcisè ſolutio pecunię debitę, ſed ſatis ſit creditori ſatisfieri, vt actio prędicta oriatur, non eſt mirum, ſi datis fideiuſſoribus, quos approbauit creditor, actio pignoratitia oriatur; tunc enim dicitur ſatisfactū creditori, quò ad hanc rem, quoties is putauit creditum ſuum in tuto eſſe, etiam ſi pignora reſtituat, vt clarè probant poſtrema verba text. *Et generaliter dicendum erit, quoties recedere voluit creditor a pignore, videri ei ſatisſactum, ſi is, vt ipſe voluit, ſibi cauit, licet deceptus ſit.*

14 Tertiò videndum eſt, numquid ſtatutum, in quo habetur, vt maritus tertiam partem dotis lucretur, reliquam verò hæredibus vxoris reſtituat, vel reddat, habeat locum in dote promiſſa. De hac re agunt DD. *in Rub. ſol. matrim.* Rol. a Valle *de lucr. dot. quæſt. ij.* Achill. de Graſſ. *deciſ. 119.* Fanuc. *in 2. gloſſ. Rub. ſtatuti de lucro dotis, numero 2.* Multi pro marito pugnant, & multi contra eum ſentiunt.

Ego mariti cauſam potiorem exiſtimo, motus, quòd legislatores in rebus, quæ a ſenſu communi maxime abhorrent, clarè, & dilucidè loqui ſolent, vt eorum mens percipi, & lex moribus firmari poſſit. Itaque cum valdè a ſenſu communi recedat, vt lucrum detur marito, qui dotem integram accepit, & denegetur illi, qui dilationem ad eam ſoluendam conceſſit, quia maius incommodum & damnum ex nuptijs ſentit, quam alter, non eſt credendum in hac re obſcurè auctores huius ſtatuti loquutos fuiſſe, in hac re, inquam, quæ frequentiſſi-

mè acci-

mè accidere poterat, cum vt plurimum detur dilatio ad dotem soluendam.

15 Propterea inuerisimillimum est, in illis verbis statuti, in quibus particulariter de lucro dotis non agitur, sed de alia re, voluisse hoc constituere, & determinare per verbum ad aliud significatum appositum; quod, vt clarius ostendam, quæro antequam auctores harum constitutionum posuerint verba illa, *reliquam autem partem hæredibus mulieris reddat, vel restituat*, non ne determinauerunt lucrum hoc deberi marito? vtique rursus quæro, aut tunc habuerunt hanc mentem, vt se ad dotem datam restringerent, aut non habuerunt, si habuerunt, cur hoc non expresserunt, cum sit res, quæ sine nota, & culpa prætermitti non potest? si non habuerũt, cur in illis verbis eos restringere dispositionem iam factã dicimus, cum nemo se incõtinẽti corrigere præsumatur, maximè legislator, qui leges maturè, & magno consilio adhibito, conscribit.

16 Sed dices, cur ergo verbis huiusmodi vsi fuerũt? Respondeo, in hoc statuto duo facere eius auctores. Primum ad fauorem mariti, secundum ad fauorem hæredum mulieris; quò ad maritum pertinet, ei lucrum decernunt; hæredibus verò mulieris concedunt repetitionem eius, quod ex dote detracto lucro superest, & ideò iubent marito, vt restituat eam partem dotis, quam non lucratur, sed quia non debet fieri restitutio, nisi quando dos tradita fuit, vtuntur illo verbo restituo, vel reddo. Cũ ergo ad hũc effectum hoc verbo statuti auctores vsi fuerint vtique ex eo non potest argumentum sumi in proposita quæstione.

17 Quæ interpretatio omninò retinenda est, quia liberat statuti auctores ab omni culpa, & nullum incommodum continet, & legem fauore dignam adiuuat; & ita tenendum est sine hæsitatione, si verba Rubricæ generalia sint, ex Rubrica enim leges interpretari rectissimè nostri tradunt *in rub. ff. si cert. petat.* & in hoc statuto post Rol. & alios docuimus hoc cap. num. 11.

18 Quartò, & vltimò loco videndum est, quid sit dicendum, si statutum deferat lucrum dotis, quam habuit, vel rerum, quas in dotem habuit maritus, an tunc ad dotem promissam pertineat, & pro negatiua vrget tex. *in l. nomen 163. ff. de verb. signific.* dum ait, *habere, sicut peruenire cum effectu accipiendum est, & in l. habere, eod. tit.* sic I. C. ait, *habere duobus modis dicitur altero iure dominij, altero obtinere sine interpellatione id, quod quis emerit.* Concordat Vlpianus *in l. stipulatio ista, §. hac quoque stipulatio, ff. de verb. signific.* dum ait, *habere dupliciter accipitur: nam & eum habere dicimus, qui nec dominus est, & eum quidem, qui dominus non est, sed tenet: denique habere nos rem apud nos depositam solemus dicere.* Concordat idem Vlpianus *in l. 2. verf. habere, ff. ne quid in loco publico.*

19 In contrariam partem nos trahit auctoritas I. C. *in l. is apud se 143. ff. de verb. signifi.* dum ait, *id apud se quis habere videtur, de quo habet actionem; habetur enim, quod peti potest.* ad idem est tex. *in l. rem in bonis 52. ff. de acquir. rer. dom.* dum ait. *Rem in bonis nostris intelligimus habere, quoties possidentes exceptionem, aut amittentes ad recuperandam eã actionem habemus.* Ex his enim locis satis clarè colligimus, non absurdè verbum habere ad eum trahi, qui actionem habet, licet id non sit conueniens propriç significationi verbi habere, vt indicat I.C. *in l. is, qui actionẽ 15. ff. de reg. iur.* dũ ait, *is, qui actionẽ habet, rẽ ipsã habere videtur*, quod nobis sufficit, cum versemur in lege fauorabili, & quæ interpretatione adiuuanda est, vt exposui cap. antecedenti a num. 11. maximeque hoc dicendum est, considerando, nulla esse causam cur distingueretur inter dotem datam, & promissam, quo circa non conueniebat hoc verbo vti in explicanda re, quæ a sensu communi aborret.

20 Ad locos ex aduersò adductos, vno verbo respondeo, eos agere de propria, & stricta significatione; nos de lata. Nec durum videatur a verborũ significatione propria recedere, cum in istis statutis interpretandis non debeat haberi ratio puritatis sermonis, cum barbarè plerumque scripta reperiantur, quæ res efficit, vt consistere non possit id, quod vulgò dici solet. Verba in statutis propriè accipienda sunt, vt luculẽter exposui lib. 2. c. 10. præter quam quod etiam secundum latini sermonis regulas haud malè maritus dicitur habere dotem, cũ actionem habet, vt ex locis allegatis liquet. Et ideò nullum incommodum est sic statutum hoc (quod latè interpretandum est) accipere.

Contractus dotis an iuris gentium sit. Cap. VII.

Scribit Bart. *in Rub. ff. sol. matr. in fine*, contractum dotis iuris gentium esse, cui etiam si nostri ferè omnes assentiantur, tamen ego assentiri

1 nequeo: nam ex ijs, quæ de iure gentium scribunt Caius I.C. *in l. omnes populi, ff. de iust. & iur.* & Iust. *in Inst. de iure nat. §. 1. & §. sed ius quidem ciuile*, tria colliguntur prædicata essentialia iuris gentiũ eo modo acceptũ, ac faciunt DD. in hac disputatione, aliter enim ius gentium a iuris nostri auctoribus vsurpatur, vt ostendi lib. 2. c. 3. Primum, vt apud omnes gentes fuerit receptum. Secundum, vt naturali ratione suadente fuerit inuentum. Tertium, vt vsu exigente, humanisque necessitatibus vrgentibus fuerit constitutum, quæ ad contractum dotis adaptari nõ posse facile est ostendere, si prius eorum vim explicabimus.

2 Primum prædicatum est, vt omnes gentes illud obseruent, & iure meritò, hoc enim ius a ciuili distinguitur, quod ciuile alicuius gentis, illud omniũ gentium ius sit, alia enim duo prædicata ad ius ciuile etiam pertinent: Ne putes tamen omnium omninò gentium consensum requiri. Primò, quia nemo asserere posset, aliquid iure gentium receptum esse, quis enim omnium gentium mores nouit? Secundò, quia apud Barbaros multæ fuerunt gentes, quæ ius, fasque negligerent, hodieque etiam extant. Satis ergo erit, si omnium ferè gentium consensu quid fuerit comprobatum, earum scilicet, quæ nec immanes sunt, vel more ferino viuunt, sed ius, fasque agnoscunt.

3 Secundum prædicatum est, vt inuentum fuerit ratione naturali suadente: hoc nemo inficiari potest. Primò, quia nulla lex est, quæ a lege naturæ non fluat, vt D. Tho. 1. 2. q. 95. art. 2. & exploratum est. Secundò, quia numquam tot gentes in eiusdem

eiuſdem iuris approbatione cõſenſiſſent, niſi natura id clarè, & apertè iuſtum eſſe ſuaderet, quod veriſſimũ eſſe facilè erit intelligere, ſi ea, quæ iuris gẽtium eſſe conſtat, vel pauliſper tecum perpendes.

4 Tertium prædicatum eſt, vt vſu exigente, & humanis neceſſitatibus vrgentibus fuerit introductũ. Iſtud veriſſimum eſſe facile eſt animaduertere ex ijs, quæ a iure gentium recepta fuiſſe conſtat; Nam valdè incommodum fuiſſet humano generi ſine commertijs viuere, ſine ſeruitute, ſine manumiſſione, ſine poſtliminio, & ſine ſucceſſionibus ab ĩteſtato, humano, inquã, generi; niſi enim huiuſmodi neceſſitas omnes tangeret, nunquã gentes in huius iuris ſanctione concordauiſſent, homines enim faciles ſunt ad diſſentiendum, maximè illi, qui religione, moribusq́ue longè inter ſe differunt.

5 Ex quo ſequitur, non rectè ſentire eos, qui dicũt, hodie aliquid iuris gentium fieri poſſe, ſi ſcilicet aliquod ius omnium ferè conſenſu recipiatur. vide Arium Pinellum *in Rub. C. de reſcind. vend. par. 1. cap. 1. num. 7. &* 10. cum enim ea, quæ ſunt neceſſaria ad conſeruationem generis humani ex tot ſeculorum vſu, & experientia, reperta fuerint, ſequitur impoſſibile eſſe, omnes ferè gentes in eiuſdem iuris approbatione conuenire; ſola enim neceſſitas potens eſt ad perſuadendum tot gentibus eandem legem bonam eſſe, & vtilem.

6 His expoſitis iure meritò reijcitur Bart. opinio, quia nullum ex his prædicatis contractui dotis adaptatur. Nam quò ad neceſſitatem vt hinc exordiar conſtat, naturam ſtimulos dediſſe hominibus qui ſatis ſint ad excitandos eos ad nuptias, & ideò non oritur ex cauſa aliqua generi humano communi, vt neceſſaria ſit dos ad alliciendos homines ad nuptias, quæ ſola cauſa fuit, cur hic contractus introductus fuerit, vt expoſui hoc libro c. 1. a num. 1. ſed id ex deprauatis moribus aliquarum gentium deſcendit.

7 Vtq́ue intelligas eam neceſſitatem, quæ in iure gentium reperitur, hic non adeſſe, conſidera, nihil eſſe ex ijs, quæ ius gentium inuenit, quod pœnitus aboleri ſine maximo incommodo poſſit, è contra verò vſus dotium, ſi prius modum luxui mulierum impoſueris, cum magno Reipublicæ commodo abrogaretur.

8 Ratio etiam naturalis non ita ſuadet, dotem dari marito, vt quilibet fateatur, iuſtũ hoc eſſe, vt accidit in omnibus, quæ iuris gentium eſſe conſtat. Etenim negari non poteſt, non minus ad commodum viri, quam mulieris nuptias celebrari, cum alter alterius auxilio indigeat, ergo rationi naturali nõ conuenit, vt maritus dotem conſequatur, maximè, quia mulier ſubijcitur viro, eiq́ue paret, & obtemperat, eius domum, & familiam cuſtodit, eiq́ue in aduerſa valetudine, & cum opus eſt præſtò eſt, & eum veluti in dominum agnoſcit, quæ ſola ratio ſufficit, vt ſecundum rationis dictamen maritus eam tueri debeat, & alere.

9 Quod ſi dixeris maritum maximis impenſis ſe ſubijcere, in quarum compenſationem dotem mulier dat, Reſpondebo hanc rationem particularem eſſe, neque enim vbique id accidit, ergo huiuſmodi ratio non eſt ſatis ad perſuadendum omnibus eſſe iuſtum, quod marito dos detur, ergo non eſt ſufficiens vt contractus dotis iuri gentium aſcribatur.

10 Reſtat aliud prædicatum, id ſcilicet, quod iure gentium receptum eſt vbique ferè vigere, hoc autem non conuenire doti plus quam manifeſtum eſt, nam circa vſum dotium magna reperitur gentium varietas. Alij dotem marito dari vetabant, quę opinio placuit Lycurgo, & Soloni, ſi credimus Plutarcho in eorum vitis, & alijs, de quibus Andr. Tiraquell. *in legibus connubialibus, leg. 5. gloſſ. 1. num.* 10. plurimæ autem gentes vxores emebant, Babilonij, Thraces, Indi, Aſſirij, & hodie Arabes, & Saraceni, vt oſtendit Tiraquell. *in 4. lege connub. gloſſ. 1. num. 9.* auctoritate Herodot. *lib. 1.* Eliani *in var. hiſt. lib. 4.* Strob. *ſermon.* 42. Solin. *c.* 15. Pompon. Melę *lib. 2.* Strabonis *lib. 15. Geograf.* Raphael. Volater. *c. 34. lib. 3.* Germani quoque conſueuerant dotem vxori dare, teſte Cornelio Tacito *in libello de moribus Germanor.* idem apud Cantabros obſeruabatur, teſte Strabone lib. 3. Apud Gallos, quantam pecuniam ab vxore vir accepiſſet, tantam ex bonis ſuis deducebat, vt quod inde redundaret ſuperſtitis eſſet, vt ſcribit Cæſar. *de bello Gallic. lib. 6.* legitur ẽt in Hiſtoria Sinenſi, in ea regione, quæ ad miraculum vſque floret, maritum vxori dotem dare.

11 Et ex his noſtra opinio comprobatur. Ad argumenta partis aduerſæ nunc accedere oportet, quæ multa ſunt, leuia tamen, & quæ ex prædictis facillimè confutentur, excepto argumento deducto ex *l. eas obligationes, ff. de capit. dimin.* de qua propterea agendum eſt.

Eas obligationes, ſunt verba tex. *quæ naturalem habere præſtationem intelliguntur, palam eſt capitis diminutione non perire, quia ciuilis ratio naturalia iura corrumpere non poteſt: Itaq́ue de dote actio (quia in æquum, & bonum concepta eſt) nihilominus durat poſt capitis diminutionem.*

12 Pro huius textus explicatione ſcire oportet, homines dupliciter conſiderari, ciuiliter ſcilicet, & naturaliter; ciuiliter conſiderantur, quò ad rem noſtram, quoties de illis agimus, vt de filijs familias; naturaliter verò, quando vt homines, vel vt filij, cognatiue conſiderantur: huius autem diſtinctionis magna vis eſt, nam ea, quæ nobis naturaliter conſideratis tribuuntur, capitis diminutione minima non pereunt, ſecus eſt in illis, quæ nobis ciuiliter conſideratis deferuntur. vide tex. *in l. tutelas, eod. tit. de capit. dimin.* ratio autem huius diſtinctionis eſt, quia ciuilis ratio, ideſt emancipatio, perſonam ciuilem mutare poteſt, naturalem verò non vtique.

13 Secundò ſciendum eſt, olim in actione rei vxorię adfuiſſe clauſulam, prout *æquius meliuſve præſtari videbitur*, vt explicat Cuiac. *lib. 11. ad edict.* Paul. *in l. 9. de capit. dimin. & lib. 12. obſeru.* 14. ex Ciceron. *lib. 3. Offic.* dum ait, *Reliquorum autem iudiciorum hæc verba maxime excellunt in arbitrio rei vxoriæ, quod æquius, melius*, cuius rei veſtigia apparent *in l. penult. §. final. ff. ſol. matr.* ibi, *quia nec melius, nec æquius eſſet, quod exigere vir ab vxore non potuiſſet*, eiuſdem rei veſtigium eſſe reperitur *in l. ſi eum Cornelius, in fine, de ſolut.*

14 His expoſitis dico I.C. dum ait, *eas obligationes, quæ naturalem præſtationem habent, capitis diminutione non perire*, intelligendum eſſe de ijs obligationibus,

nibus, quæ nobis naturaliter consideratis competunt, nec posse intelligi de obligationibus, quæ ex iure gentium descendunt, nam harum obligationum effectum (de quo agebatur in hac lege) constat iure ciuili impediri posse, & propterea illis conuenire non potest id, quod Iurisconsultus ait, *quia ciuilis ratio naturalia iura corrumpere non potest*.

15 Hanc interpretationem verissimam esse ostendit Iurisconf. dum ait. *Itaque de dote datio, quia in bonum, & aequum concepta est, etiam post emancipationem durat;* hinc enim liquet eam non alia de causa capitis diminutione non tolli quam ea eo, quod in bonum, & æquum concepta est, & hoc respectu, naturalem habere præstationem, nempè, quia clausula, prout æquius melius &c. efficit, ne filia consideretur, vt in potestate est, sed vt æquius, melius ve videbitur, aliter hunc text. exponit Cuiac. *lib.* 22. *cap.* 14. cuius sententiam non recenseo, quia sensus, quem attuli, planior videtur: non nocet ergo hic tex. nostræ opinioni, quia mala consequentia est, actio de dote competit filiæ naturaliter considerataæ, ergo dotis contractus est iuris gentium.

16 Coronidis loco admoneo tex. *in l. tutelas, §. iniuriarum, de capit. dimin.* supradictis aduersari, dum ait, *Iniuriarum actionem filio competere tem cum capite ambulare*: pro solutione huius difficultatis animaduertendum est I.C. in initio illius legis, prædictam distinctionem proposuisse, itaque necessariò sequitur, vel eum existimauisse iniuriarum actionem filio ciuiliter considerato competere, vel eam, etiam si filio naturaliter considerato daretur, capitis diminutione perire, aduersus id, quod in verbis antecedentibus firmauerat, quorum neutrum afferre debemus, nam Iurisconsultus in errorem incidisset crassissimum, & ideò puto deficere in text. negatiuam, & sic legendum esse, *actio iniuriarum cum capite non ambulat*, quod eo libentius admittendum est, quia alibi legitur, hanc actionem per emancipationem non tolli, scilicet *in l. sed si vnius, §. fin. ff. de iniur.*

Scio, Ant. Fabr. in Rationalibus accipere caput in hoc loco pro statu naturali, vt sit sensus: actio iniuriarum cum capite ambulat, idest manet cum statu naturali filij, qui per capitis diminutionem non tollitur, vel immutatur; sed offendit me, quòd in eo loco, in quo agitur de capitis diminutione, nimis durum sit accipere caput pro statu naturali, qui diminutionem non patitur. Secundò, quod I. C. dicere debebat hanc actionem manere cum capite, si per emancipationem nō sollitur, quod enim firmum manet, non rectè dicitur ambulare.

Priuilegia doti qua ratione fuerint principaliter concessa **ad l. 1. ff. solut. matr. *Cap. VIII.***

1 INualuit opinio apud nostros, frequentissimis recepta suffragijs, doti fuisse concessa priuilegia, principaliter propter priuatam mulierum vtilitatem; secundariò autem propter commodum publicum. Ita docuit disertè Bart. *in l. si quis pro reo, num. 8. ff. de fideiuss.* Accurs. *in l. 1. vers. non & Reipubl. ff. solut. matr.* vbi Castr. *in Sum.* Ias. *in 2. lectur. in principio, & nu. 1. & 2.* Ioan. Bolognet. *nu.* 188. & alij recentiores præcipue Pet. Barbos. *part.* 1. *num.* 63. *cum sequentibus*, qui alios affert, idem docuerunt Abb. *in c. cum contingat, de iur. iur. num.* 5. *vers. quaque lex principaliter.* Seraphinus Senen. qui non dubitauit dicere sic omnes tenere, *de priuileg. iur. priuileg.* 76. *num.* 2. & 3. alios sciens prætereo.

2 *Aduersus quam sententiam insurrexerunt* Alciat. *in dicta l. 1. num.* 41. Rip. *num.* 114. Coras. *in 2. lectur. num.* 24. Camill. *num.* 3. & 51. & 174. Bero. *in c. solicitæ, num.* 4. & 10. *de rest. spoliat.* quibus ego adhæreo motus hoc argumento: lex vt sit valida oportet vt sit iusta, *c. erit lex, 4. distinct. l.* 2. *in fin. ff. de legib.* ergo vt leges, priuilegia hæc concedentes, validæ sint, oportet, vt ad iustitiæ regulas redigātur.

3 Iustitiam autem omnes cum Arist. *lib.* 5. *Moralium*, quantum ad rem nostram pertinet, distinguunt in vniuersalem, & particularem. Vniuersalem dicunt eam esse, quæ sibi commodum ciuium in vniuersum consideratorum proponit pro termino, & fine. Particularem verò esse eam aiunt, quæ singulorum ciuium vtilitatem particulariter considerat, habens hoc pro fine, vt nulli ciuium particulariter considerato damnum, aut detrimentum afferatur. vide etiam D. Thom. 2. 2. *q.* 58. *ar.* 5. & 7. & ibi interpretes Dominicum Sotum *de iustitia, & iur. lib.* 3. *quæst.* 2. *art.* 5. Valent. *tom.* 3. *commentar. Theologic. disput.* 5. *general. quæst.* 2.

4 Ergo vt iustas esse leges prædictas ostendamus, oportet eas redigere ad regulas iustitiæ particularis, vel vniuersalis, & quo ad particularem iustitiam pertinet, cum illud curet, vt æqualitas inter ciues conseruetur, & personarum acceptio non habeatur, vt explicat Arist. *lib.* 5. *Aeticorum c.* 4. & omnes admittunt, manifestum est leges prædictas, ad huiusmodi iustitiæ regulas non posse redigi: statuendo enim in multis causam mulierum præcipuā esse, æqualitatem illam offendunt, quam particularis iustitia inter ciues conseruat.

5 Ergo leges huiusmodi ad iustitiam vniuersalem pertinent: igitur manifestum est propter publicam vtilitatem principaliter conditas has leges fuisse, & priuati commodi mulierum non fuisse habitam rationem, nisi quatenus medium est ad publicum commodū consequendum: nam vt D. Tho. & alij supra allegati exponunt. Iustitia vniuersalis non considerat particularem ciuium vtilitatem, nisi quatenus ea bono publico descendit.

6 Quod si verum amamus, quis non videt ciues æquo iure suapte natura iudicari debere, & inæqualitatem nullo modo inter eos seruari posse, nisi propter publicum cōmodum? quis ergo patiatur eum legislatorem, qui cæterorum ciuium iuri derogat, vt mulieribus quibusdam proficiat? quis nō videt, eum tunc longe a suo munere recedere? *Rex enim* (vt est apud Arist. *lib.* 5. *Aeticorum c.* 11.) *curam habet subditorum, quò bene se habeant, vt ouium pastor.*

7 Quam difficultatem sentiens Socin. iun. *in l.* 1. *num.* 2. *& seq. ff. sol. matr.* dixit priuilegium, de quo in dicta l. 1. vt scilicet causa dotis sit semper, & vbique præcipua, principaliter propter publicam vtilitatem fuisse concessum, quia non est verisimile, legislatorem tam generale priuilegium concessisse propter solam mulierum vtilitatem, cętera verò particularia priuilegia propter priuatam mulierum vtilitatem concessa fuisse principaliter.

8 Nihil eſt. In peimis enim *in dicta l. 1.* nullum cõtinetur particulare priuilegium, neque enim lex vlla ſansit dotis cauſam ſempee, & vbique pæcipuā eſſe; ſed I. C. conſiderans peiuilegia dotibus conceſſa, ex varijs cõſtitutionibus regulam prædictam compoſuit ſecundum morem Prudentium, qui regulas iueis componunt, *l. 1. ff. de reg. iur.*

Præterea eadem difficultas, quę veget circa priuilegium *d. l. 1.* nonne viget contra omnia diſtinctè conſiderata? cue ergo diuerſum ius inter ea ſtatuit Socin. aeutus alioquin iuris interpres?

9 Secundò noſtra opinio maximè adiuuatur, quod ſæpiſſimę in legibus noſtris dum de priuilegijs dotis agitue, ratio illa affertur, quia Reipublicæ expedit dotem mulieribus conſeruari. vide tex. *in l. 2. §. fin. iuncta l. ſeq. ff. de bout. auct. ind. poſſ. l. in bello, §. medio, ff. de capt. & poſtl. reuerſ. in Auth. de reſt. & ea, quæ par. in 11. menſ. §. ſancimus, verſ. etenim, in l. 2. verſ. augeri, C. de ind. lib. toll. in l. hoc ita, in fine, ff. de cond. & demonſtr.* Immò compilatores expoſituri *in tit. ff. de iur. dot.* plura dotium peiuilegia *in initio tit. ſcilicet in l. 2.* ponunt hæc verba, *Reipublicæ intereſt mulieribus dotes ſuas ſaluas eſſe, propter quas nubere poſſint.* & *in tit. ff. ſolut. matr.* in quo etiam varia exponunt priuilegia dotis, in initio inſeruerunt ex Pomponio hanc aſſeetionem. *Dotis cauſa ſemper, & vbique præcipua eſt. Nã & Reipublicæ intereſt, dotes mulieribus conſeruari, cum dotatas eſſe fœminas ad ſobolem procreandam, replendamque liberis ciuitaeem maxime ſit neceſſarium.*

Si alia eſſet ratio pręcipua, magisque principalis horũ priuilegiorũ, cur ea omiſſa hãc toties inculcãt? cur cõpilatores in titulis, in quibus dotis priuilegia exponũtur, hãc in veſtibulo rõnem objciũt, ſi pręcipua nõ eſt? hoc eſſet nos nõ iſtruere, ſed decipere.

10 At dicunt aduerſarij, immò compilatores *in l. 1. ff. ſolut. matr.* oſtenderè, aliam fuiſſe horum priuilegiorum cauſam, eamque magis principalem, dum referunt illa verba Pomp. *Nam & Reipub. intereſt.* dictio enim & accipitue ibi pro etiam, cuius natura, cum ſit implicare caſum ſimilem, magis dubitabilem, vt notant DD. *in l. 1. C. qui admit.* hoc enim clarè indicat præter vtilitatem Reipublicæ aliam cauſam, & magis principaliter legislatores mouiſſe, hæc autem cauſa nulla alia eſt, præter mulierum priuatum commodum.

11 Reſpondeo dupliciter, & Primò dictiones illas *nam &* ſæpè in legibus noſtris poni ab eaeum auctoribus, dum rationem præcipuam eius, quod decidituе, reddunt. vide tex. *in l. 8. iuncta l. anteced. in fine, ff. de iuſt. & iur. in l. 2. iuncta l. 1. ff. de legibus, in l. non & nocere 13. ff. de pactis, iuncta l. reſcriptum, §. final. in fin. ibi, qui putat, eod. tit.* ideoque nullum incommodum eeit etiam in text. noſtro eas ſic accipere, niſi adueeſaeij doceant ſubiectam materiam hanc expoſitionem non admittere.

12 Secundò reſpondeo, eſtò verum eſſe Iuriſconſultum aliam attuliſſe rationem huiuſmodi priuilegiorum, quid tamen aliud indè ſequitue, quam compilatores illam negleſſiſſe, cum eam omiſerint? nam in re tanti momenti induſtriam ſuam, vel fidem paſſi non fuiſſent a nobis deſiderari, materiã enim ex profeſsò tractabant.

13 Hæc ſunt noſtræ opinionis fundamenta aduerſariorum argumenta diſſoluẽda ſunt, quæ non ſunt leuia. Peimum autem poſitum eſt *in l. aſſiduis, C. qui pot. in pign. hab.* in illis verbis, *quis enim earum non miſereatur propter obſequia, quæ maritis præſtant, pericula partus, & ipſam liberorum procreationem, pro quibus multa legibus noſtris inuenta ſunt priuilegia.*

Reddit rationem his verbis Iuſt. cur beneficium prælationis tacitæ mulierum hypothecæ conceſſerit, & huius rei tres affert rationes, quarum duæ priuatum mulierum commodum reſpiciunt, & deinde ſubdit, *pro qua multa legibus noſtris inuenta ſunt priuilegia*, ergo cum tees rationes coniunctim conſiderentue, & proponantur a Iuſtin. omnes finales ſunt, quod docuit Baet. *in dict. l. 1. num. 29. ff. ſolut. matrim.* vbi Socin. ſen. *num. 17. & 18.* & Iaſ. *nu. 42.* teſtantur Baet. cæteros omnes ſequi, ergo malè nos aſſerimus vtilitatem Reip. quod ex liberorum peocreatione deſcẽdit, fuiſſe principaliter cõſideratũ.

14 Reſpondeo in legibus poſitiuis condendis, ſæpius multas conſideeari rationes, & cauſas, quæ mouent legiſlatorem ad ita ſtatuendum, vt rerum humanarum peeiti ſciunt, & exemplum elegantiſſimum præbent *l. 1. 2. & 3. ff. de donat. inter vir. & vxor.* huiuſmodi autem rationes non eodem modo mouent legiſlatorem, ſemper enim adeſt aliqua, quæ magis mouet: quando ergo in lege eepeeiuntur pluees rationes, nec legiſlator exprimit eam, qua potiſſimum motus fuit, tunc, vt intelligamus, quænam ex ipſis potioe ſit, earum vires ſingillatim perpẽdere debemus, & facta comparatione, illam potiorem exiſtimabimus, quæ magis vrget, vt ergo in quæſtione noſtra id aſſequamur, rationes prædictas ad examen eeuocare oportet.

15 Prima ratio, quæ allegatue, eſt *propter obſequia, quæ maritis præſtant vxores.* Hæc ratio quidem ſuadet, vt ex re maeiti, & cum eius incommodo priuilegia concedantue vxori, ſed non eſt ſatis, vt in damnum aliorum ciuium, maximè creditorum mariti, priuilegia concedantue.

16 Secunda eatio eſt *propter pericula partus.* Cum peimi parentes contempto Dei præcepto mortem in orbem introduxerunt, datum fuit in pęnam viro, vt in ſudoee vultus veſceretue, mulieri autem vt in dolore pareret, ergo id, quod datum fuit in pœnam mulieribus, non fuit ſufficiens ad mouendum Iuſtinianum, vt in damnum creditorum maeiti beneficium prælationis mulieris concederet.

17 Nulla ergo ex iſtis rationibus per ſe ſufficiẽs erat ad mouendum legiſlatoeem, vt hæc priuilegia concederet, videamus modò, an tertia ratio fundata in proceeatione filiorum, etiam his eationibus deſtituta, ſufficiens ſit.

Et quidem dicendum eſt, cauſam hanc ſufficere, cum enim expediat ciuitatem liberis hominibus repleri, qui armis, & ingenio eam augeant, & defendant, vtique curandum erat, vt quam facillima ratio inueniretur cõtrahendarum nuptiarũ, etiamſi in aliquorũ ciuiũ damnũ verteretur interdum, nam quæ communitee vtilia ſunt illis præferuntur, quæ quibuſdam proſunt *§. ſancimus, Auth. de reſt. & ea, quæ par. in 11. menſ.* hæc ego ratio ſufficiens eſſet, etiam ſi nulla extaeent mulierum in maritos obſequia, etiam ſi ſine doloee parerent, quia vbique commodum publicum præualet.

Ego

18 Ergo cum duæ primæ rationes debiles sint, & sine huius postremæ ope planè futiles, hæc verò sola sufficiat, meritò concludendum est, hanc potissimè consideratam fuisse, cęteras verò per modum accessionis, & ideò perperam Bart. & sequaces sentiunt has omnes rationes finales esse.

19 Secundum aduersariorum fundamentum positum est *in l. unica, §. cum autem hypothecam, C. de rei uxor. act.* vbi Imperator statuens, ne fundus dotalis alienari posset reddensque rationem, ait, *ne sexus muliebris fragilitas in perniciem substantiæ earum cōuertatur.* Eandē rationem reddit *in Inst. quibus alienari licet, vel non, in fine princ.* ad idem est text. *in Auth. de æqualit. dot. §. his consequens, versic. unde volumus.*

20 Pro responsione animaduertendum est, fragilitatem muliebris sexus non fuisse satis, vt rerum suarum administratio eis denegaretur. vide tex. *in l. 4. & 5. ff. ad S. C. Velleian.* Itaque aliquit aliud accedit respectu fundi dotalis, cur scilicet, dum de eius alienatione agitur, fragilitatis prædictæ ratio fuerit habita, nullam autem aliam inuenies præter eam, quæ ad I. C. affertur *in l. 1. ff. solut. matr.* itaque ratio proxima, cur inhibeatur alienatio fundi dotalis, est fragilitas sexus, cur autem huius fragilitatis ratio habita fuerit, est publica vtilitas, ita vt re ipsa propter publicam vtilitatem hæc alienatio inhibeatur.

21 Nec propterea Iustinianus culpam aliquam cōmisit, cum solius fragilitatis mentionem facit, quilibet enim, qui intelligit, hanc fragilitatis rationē restrictam esse ad solum fundum dotalem, etiam si mediocriter eruditus sit, intelliget aliquam particularem rationem hic concurrere, & sic publicum commodum, quod ex frequentibus nuptijs oriri vulgò etiam intelligitur, eodem modo explicandus est tex. *in d. §. his consequens. Auth. de æqual. dot.*

22 Tertiū fundm̄ positū est *in l. 3. C. de primipil. lib. 12.* cuius verba hæc sunt. *Vtilitas publica præferēda est priuatorum contractibus, & ideò si constiterit fisco satisfactum esse ex causa primipili poteris obligatam tibi possessionem dotis titulo petere, vt satis dotis fieri possit.* ait tex. vtilitas publica præferenda est priuatorum contractibus, ergo causam publicam non respicit contractus dotis, de quo ibi agebatur.

Respondeo munus primipili fuisse inter milites annonam distribuere, vt *ex l. 3. in fi. ibi pastus primipili, ex l. 7. ibi prinsque, C. de cohortalibus, lib. 10. & ex l. 6. C. Theod. eod. tit.* docet Cuiac. *in d. l. 3.* quod ante illum alij scripserunt, de quibus Couar. *lib. 1. var. c. 16. num. 6.* & alij, quos prætereo; & ideò cum res valdè periculosa esset, & cum bono Reipub. inseparabiliter coniuncta, diligentissimè curari debebat, ne, vel leuissimè rigor legum remitteretur, qua ratione factum est, vt filij etiam si non sint hæredes patris, tamen teneantur ad solutionem æris primipilaris, *l. 4. C. de primipil. lib. 12.* nil mirum ergo, si causa dotis comparatiuè posita cum causa primipilari, priuata censeatur, non publica: Reipublicæ enim nihil, aut parum nocet vnius, vel alterius mulieris, vel etiam plurimum dotes perire, plurimum verò obesse potest vnius primipili negligentia, vel dolus in annona distribuenda; ergo nihil nobis nocet, quia de dote per se considerata agimus; multa enim in cōparationem deducta longè aliter, ac veræ sunt, apparent, vnde minus malum respectu maioris mali bonum solet nuncupari, vt explicat Arist. *lib. 5. Aethic. cap. 1.*

23 Quartò adducitur tex. *in c. cum contingat, de iur. iur. c. licet mulieres, eod. tit. in 6.* quibus in locis habetur, alienationem fundi dotalis iuramento firmatam retractari a muliere non posse; ergo propter publicam vtilitatem non fuit inductum, ne fundus dotalis alienaretur, nam iuri publico priuatorum pactis, etiam iuratis, non potest derogari *cap. si diligenti, de for. comp.*

Huic fundamento, quod præcipites egit aduersarios, vt clarè, & dilucidè respondeamus, notandum est, vtilitatem publicam interdum immediatè dependere ex actibus ciuium. Huiusmodi autem actus facere interdum ciues coguntur, vt accidit in illis, qui delectu habito militiæ adscribuntur, & illis, quibus munera Reipublicæ afferuntur, *l. 3. ff. de muneri. & honor. l. 4. §. qui filium, ff. de re milit.* interdum verò arbitrio eorum remittuntur, vt nuptias contrahere; exercere etiam mercaturam nemo cogitur.

24 Cum agitur de publica vtilitate, quæ descendit ex actibus, quos facere lex iubet, tunc ciuium pactionibus derogari ei non potest, quando verò agitur de actibus, qui arbitrio ciuium remittuntur, secus est. Ratione differentiæ incomposita est, quia tunc medium, sine quo illa consistere non potest, ex arbitrio ciuium dependet, qui propterea, dum vtuntur facultate sibi data, nolendo nubere, vel mercaturam exercere, nemini iniuriam facere dicuntur.

25 Ad argumentum ergo respōdetur, tex. *in c. si diligenti*, loqui de vtilitate publica, quæ ex arbitrio priuatorum non dependet, tex. autem *in d. cap. cum contingat*, agit de vtilitate publica, quæ ex arbitrio priuatorum dependet, de ea scilicet, quę ex nuptijs descendit, quas celebrare absolutę, & liberę voluntati ciuium remittitur. At dices, si ius ciuile voluntati ciuium vtilitatem publicam, de qua agimus, committit, cur ipsis inuitis annullat alienationem? Respondeo duo hac in re adesse; publicum commodum, & medium, quo illud assequimur, idest dos, qua mediante mulier nubit. Nuptias mulieris voluntati lex quidem permittit, dotis autem alienationem nequaquā. Cum autem dotis conseruatio propter nuptias fiat, sequitur te verè consideratā, legem, de qua agimus, factam fuisse propter illud Reipub. commodum, quod ciuium voluntati committitur, & proindè eam non esse ex numero illarum, de quibus agitur in *d. c. si diligenti.*

Ex quo intelligimus perperam sentire eos, qui dicunt, huiusmodi tex. dispositionem non habere locum, cum mulier indotata maneret, cum enim, & ratio, & verba huic casui conueniant, non potest vllo pacto ex eorum dispositione eximi; auctores autē huiusmodi opinionis vide apud Thesaur. *decis. 223. nu. 13.* qui rectè ab ea dissentit, huiusmodi tamen opinionem probauit Rota in Romana de Roncionibus, vt paret ex decisione relata a Stasilio Pacifico in decis. impressis post eius tractatum de Saluiano interdicto.

P 2 *Priui-*

Priuilegium prælationis mulieribus conceſſum, an habeat locum contra creditores expreſſam anteriorem hypothecam habentes ad l. aſſiduis, C. qui pot. in pignor. hab. *Cap. IX.*

1 AN priuilegium mulieribus conceſſum *in l. aſſiduis, C. qui pot. in pign. hab.* habeat locum contra creditores expreſſam anteriorem hypothecam habentes, nunc lubet exponere. De ea autem agunt interpretes *in d. l. aſſiduis, & in l. 1. ff. ſol. matr.* vbi latiſſimè Soc. iun. Io. Bolognet. & Petrus Barboſ. DD. *in §. fuerat, Inſt. de act.* vbi Iaſ. & Gomes, Myſing. *obſeru. 13. cent. 4.* Robert. *lib. 3. animadu. c. 14.* Io. Igneus *in diſput. de Rege Franciæ, num. 138.* D. Fachin. *lib. 3. c. 99. & lib. 10. c. 35.* & alij, quos omitto.

2 Ego illos ſequor, qui aiunt, prælationis priuilegium, quod Iuſt. conceſſit, aduerſus quoſcumque creditores, locum habere, quam opinionem veriſſimam eſſe oſtendam, primò ex vi verborum, ſecundò ex mente Iuſtiniani. Et quò ad verba pertinet Iuſtin. *in dicta l. aſſiduis, C. qui pot.* ſcripſit hæc verba. *Sancimus ex ſtipulatu actionem, quam mulieribus pro dote reſtituenda dedimus, cuique tacitam donauimus ineſſe hypothecam, potiora iura habere aduerſus omnes mariti creditores.* Ex his verbis etiam creditores habentes expreſſam anteriorem hypothecam contineri non eſt dubitandum, ſi vim verborum perpendamus, nam qui omnes dicit nullũ excludit.

3 Itaque ſi oſtendero ex verbis illis, quæ ſtatim ſubſequuntur, *licet ſint temporis priuilegio vallati*, vim eorum non reſtringi, quod aduerſarij nobis perſuadere contendunt, vtique apertè probatum erit, quod primo loco probare inſtitui.

Id autem ſic porbo. Verba prædicta adiecta fuerunt, vt tolleretur dubitatio, quæ oriebatur ex priuilegio quibuſdam creditoribus conceſſo, nam vt oſtenderet, & hos conſtitutione contineri, prædicta verba poſita fuerunt, ergo ne dicamus, id, quod in augumentum factum fuit, diminutionem parere, negare non poſſumus vim verborum antecedentium ex hac clauſula non reſtringi.

4 At dicunt aduerſarij, hæc verba ſaltem declarant, de quibus creditoribus loquatur Imper. de illis ſcilicet, qui legis beneficio hypothecã habent, cum ex priuilegio eorum rationem dubitandi deſumat, ſi enim de omnibus locutus fuiſſet, eam ex creditoribus, qui expreſſam habent, ſumere debuiſſet, quippe qui ius potentius habere videntur.

5 Pro reſponſione animaduertendum eſt, tria in propoſito reperiri priuilegia. Primum eſt illud, quod inter perſonales actiones habet locũ, de quo *in l. priuilegia, ff. de priuileg. credit.* Et de hoc non intelligere Imper. clarum eſt.

Secundum priuilegium eſt illud quod interdum poſterioribus hypothecis datur, vt prioribus præferantur, de quo habetur *in l. 5. 6. & 7. ff. qui pot. in pignor. hab.* Et de hoc priuilegio Iuſtinianus intelligi non poteſt, nam *in Auth. de æqualit. dotis, §. his conſequenter*, refert, dubitatum fuiſſe, an mulieri cedere debeant illi quibus indultum eſt beneficiũ tacitæ hypothecæ cum priuilegio prælationis, & ait, *plurimùm igitur ſuper his cogitantes, non inuenimus mulierem iuſte exiſtentem cedere alicui tali priuilegio.* Non erat enim cur Iuſtinianus tamdiu cogitaret, ſi in prædictis verbis de huiuſmodi priuilegio intellexiſſet.

6 Tertium in propoſito priuilegium eſt, vt quibuſdam in caſibus tacite hypotheca contrahatur, de quo habetur *in l. 1. & toto tit. ff. quib. in cauſ. pign. vel hypoth.* & de hoc non poteſt etiam Imper. intelligi, cum de ortu hypothecæ non agat, ſed de prælatione.

7 Imper. ergo dum ait, licet ſint temporis priuilegio vallati, intelligit de iure, quod inter hypothecarios creditores obſeruatur, vt qui prior eſt tempore, potior ſit in iure, quod ante me alij dixerunt, ſed neſcio, an alius ita declarauerit, quod ideò priuilegium appellatur, quia leges huiuſmodi creditoribus ſpecialiter indulſerunt, vt temporis ratio haberetur. vide text. *in l. priuilegia, ff. de priuileg. cred. Inſt. de act. §. item Seruiana.*

8 Agit itaque Iuſtinianus de priuilegio hypothecarijs creditoribus conceſſo, vt qui prior eſt tempore, potior ſit in iure, ergo verba prædicta non magis pertinent ad tacitas, quam ad expreſſas hypothecas, nam idem priuilegium ipſis conceditur *l. 2. C. qui pot. in pign. habeant.* & explorati iuris eſt.

9 Quæ interpretatio eo facilius retinẽda eſt, quòd Iuſtinianus mentionẽ faciens de hoc prælationis beneficio, non vno in loco, nulla facta diſtinctione, mulierem creditoribus mariti ſe præferre profitetur, quod non feciſſet, niſi ipſe omnibus creditoribus mulierem præferret, ne in re tam præiudiciali, occaſionem præberet conſtitutionem interpretandi in damnum creditorum expreſſam hypothecam habentium.

10 Sic autem Imper. loqui ſolere oſtendit tex. *in §. fuerat, Inſt. de action.* Vbi hæc verba habentur. *Præferri autem alijs creditoribus in hypothecis tunc cenſuimus, cum mulier ipſa de dote ſua experitur.* & *in Auth. de priuileg. dot. haret. mul. non præſt.* ait, *quia enim dedimus priuilegium mulieribus, vt etiam prioribus creditoribus præponantur, & meliorem ordinem eas habere, nec a tempore ſuperatas.* & *in Authen. de æqualit. dot. & donat. propter nupt. §. aliud*, inquit. *Priuilegium enim dedimus dotibus, vt contra hypothecas antiquiores habeant honorabilia iura*, & non multo poſt ait, *vt dos, & augumentum ſimiliter habeant aduerſus antiquiores creditores priuilegium.* & *in ſequenti §. cum quæreret*, an dos præferretur ei, qui mutuauit pecuniam, vt militia emeretur, ait etiam huic quidem cedere, ſed non alijs. Hæc ſunt verba. *Prior ſit ſolus, qui ad hoc credidit, vt huic ſolo caſui cedere mulierem.* & paulò poſt inquit, *alijs omnibus præualere mulierem ſecundum quod iam a nobis datum eſt priuilegium.* Egerat Imperator de illis creditoribus, qui tacitam habent hypothecam cum prælationis beneficio aduerſus creditores expreſſam hypothecam habentes, *iuxta l. interdum, cum duabus ſequentibus, ff. qui pot. in pignor. l. licet, C. eod. tit.* & vno excepto cæteros cedere mulieri declarat; cur tam effuſo ſermone vſus eſſet ſi mulier cederet illis, qui expreſſam hypothecam habent? cur diceret, mulierem vno tantum caſui cedere? eamq́ue alijs omnibus præualere?

Hæc

11 Hæc de vi verborum satis, superque ad mentem veniamus. *Is in dicta l. assiduis, in fine*, profitetur se se curare, vt mulieribus dos conseruetur: ait enim. *Non enim pro lucro fouemus mulieres, sed ne damnum patiantur, suisque rebus defraudentur curamus*. quod quidem veteres legislatores inceperant, sed adhuc non perfecerant, & ideò id, quod ipsi omiserunt, volens Iustinianus supplere prædictam edidit legem, in qua sic inquit. *Et ideò quod antiquitus quidē dare incepit, ad effectum autem non pertulit, nos pleno iuris arbitrio consumauimus*.

12 Ergo eius intentioni aduersantur, qui distinguunt inter tacitam, & expressam hypothecam: si enim aduersus tacitam hypothecam lex Iustiniani solum locum haberet, falsò iactaset pleno iuris articulo se se perfecisse, quod antiquitus instituerat: parum enim, vel nihil constitutio operasetur, cum plerumque creditores expresse sibi obligari debitorum bona curent, & perpauci sint casus, in quibus tacita contrahitur hypotheca, quæ res euidentissima erit, si perpendamus verba, quibus Iustinianus aduersus veteres legislatores vtitur, quæ sic concepta sunt.

Et hoc cum in personalibus statuerant actionibus, si ad hypothecam respiciebant, illico Iustitiæ vigorem relaxabant, & senioribus hypothecis nouas mulierum hypothecas, si habebant actiones expellebant, nec ad fragilitatem muliebrem respicientes, nec quod & corpore, & substantia, & omni vita sua maritus fruetur, cum pene muliebribus tota substitutio in dote constituta sit. Hęc enim ratio, qua ipse redarguit veteres, cur in hypothecis mulierem non prætulerint cæteris creditoribus, non ne aduersus eum retorqueretur, si distinxisset inter tacitas, & expressas hypothecas?

13 His accedit quod inferius in eadem lege ait Imper. in illis verbis. *Cum enim in personalibus actionibus (secundum quod diximus) tali priuilegio vtebatur res vxoria, quapropter nos in hypotheca hoc mulieri non indulgemus beneficium?* Hæc enim verba clarè ostendunt, Imperatorem existimauisse, nullam in proposito constituendam esse differentiam inter personalem actionem, & hypothecariam, & ideò ait. *Si veteres actioni rei vxoriæ prælationem concesserunt, cur nos tacitæ hypothecæ, quæ beneficio nostro doti largita est, idem non concedimus?* ergo eius menti distinctio prædicta aduersatur: Indistinctè enim prælationis beneficium rei vxoriæ actio habebat aduersus alias personales actiones.

14 Adiuuantur prædicta ex eo, quod omnes causæ, quibus se se moueri Imperator profitetur, vt doti prælationis priuilegium largiretur prædictam tacitæ, & expressæ hypothecæ distinctionem reiciūtur, cum in vtraque sibi locum vendicent, quod verum esse vt constet, audiamus eum causas huiusmodi proponentem *in dicta l. assiduis*, his verbis.

Quis enim earum non misereatur propter obsequia, quæ maritis præstant, propter partus pericula, & ipsam liberorum procreationem, & alibi de eadem agens, scilicet *in §. his consequens, Auth. de æqual. dotis*, ait. *Videbamus enim, quę causæ absurditas est; quia aliquis quidem fornicantibus mulieribus ex proprio corpore aduenit quæstus, & viuit ex hoc quæstu; aduersantibus autem, quæ semetipsas, atque substantiam ad virum introducunt, non solum non sit quæstus a viris male degentibus, sed etiam minuātur, & nulla spes eis sit secundum hoc. Vnde volumus, si quis domum renouasset, aut etiam agrum emisset, non possit talia priuilegia apponere: Infirmitatem enim muliebris naturæ satis nouimus*.

15 Hæc omnia hypothecis expressis conuenire nemo, non videt, & ideò non videtur dubitandum aduersus eas voluisse Iustinianum priuilegiùm obtinere, nihil enim æquè legislatorem mentem explicat, ac causę propter quam legem tulit, & ratio, quæ eum mouet.

16 Postremò, vt huius sim sententiæ, efficit decisio Iust. *in §. his consequens, Auth. de æqual. dotis*. ait eo loci Imperator, fuisse dubitarum, an prælationis priuilegium, quod ipse mulieribus concesserat aduersus anteriores hypothecas, obtineret aduersus eos, qui pro refectione, vel emptione rei pecuniam mutuasset. Ratio dubitandi inde oriebatur, quòd æquitas illa ob quam antiqui legislatores constitue runt, vt etiam illis potiores essent, qui vetustiores, & expressas hypothecas habebant, iux. tex. *in l. 2. C. qui pot. in pignor. in l. interdum, cum duabus sequentibus, ff. eod. tit.* quia scilicet res ex eorum pecunia, vel comparata, vel conseruata est, aduersus mulierem dotem repetentem vigebat, & tamen Iustin. in fauorem mulierum constitutionem edidit, inquiens. *Plurimum igitur super istis cogitantes non inueniemus mulierem cedere alicui tali priuilegio*. Si Iustiniani constitutio ad tacitas tantum hypothecas pertinuisset, nulla erat occasio, cur de hac re tandiu cogitaret, nulla erat causa, cur ita constitueret. Namque si creditores anteriorem expressam habentes cedunt huiusmodi creditoribus, quorum pecunia conseruata, vel comparata est, multò magis cedere deberet mulier, si eius hypotheca expresse anteriori hypothecæ cedit.

17 Huic argumento, quo olim vtebatur Martinus nostræ opinionis antesignanus, respondet Accursius, & cum eo cęteri eius sequaces, regulam, Si vinco vincentem te fortiori vinculo te vinco, non semper veram esse, & propterea prædictum argumentum non concludere.

Hæc responsio non tollit vim argumenti, nam oportebat causam afferre, cur huiusmodi regula in quæstione nostra sibi locum non vendicet, quod nemo, quem viderim, hucusque fecit.

18 Fundamentum aduersæ sententiæ in eo potissimum consistit, quòd iniquum esse videtur creditoribus mariti auferre illud ius, quod propria diligentia sibi acquisiuerunt, tollerabile enim esse existimant, legem beneficium, quod ipsa cōcessit, auferre, illud autem, quod ex contractu creditor sibi acquisiuit, non putant a lege, nisi iniquè, auferri posse, & in hoc fundata est distinctio tacitæ, & expresæ hypothecæ.

19 Vt hanc difficultatem diluamus notandum est, inter creditores regulariter temporis rationem nō haberi *l. priuilegia, ff. de priuilegijs credit.* a qua regula fuerunt excepti illi, quib. res fuerat hypothecata, *l. 2. C. qui pot. in pign. hab.* Hoc tamen beneficium competit Prætoris beneficio, quæ actionem concedit, & ius experiundi dat propter huiusmodi hypothecam, *§. item Seruiana, Inst. de act.* Cum ergo

ex legis beneficio deſcendat, vt inter creditores hypothecarios ratio temporis habeatur, non eſt iniqua conſtitutio Iuſtiniani, quæ iuſtis ex cauſis ſtatuit, hoc legis beneficium non habere locum cõtra mulierem dotem repetentem, quam reſponſionem etiam inſinuat Barboſ. *in l. 1. par. 6. num. 6. ff. ſolut. matrim.*

30 At dicunt aduerſarij lex Iuſtiniani reſtringit cõmercia, quia homines timentes vxorem præferri difficilius credunt ijs, quos putant eſſe nupturos. Non rectè. Cum enim, vt plurimum matrimonia diu durent, rarò accidit, vt cum venit tempus repetendę dotis adſint creditores mulieri anteriores. Si quando verò accidit, id erit occaſione cenſuum annuorum, quod parum referre puto. Primò, quia ſæpè cum fideiuſſore hi contractus celebrantur. Secundò, quia hoc non potuit mouere Iuſtiniani. Non enim conſtat, frequentes tunc fuiſſe huiuſmodi cõtractus, ſicut accidit hodie. Tertiò, quia annuorum cenſuum frequentia lædit Remp. ſegniores enim reddunt homines in colendis agris, & mercatura exercenda. Quartò, quia matrimonia contraherentur longè facilius, ſi huius conſtitutionis germanus ſenſus facilè in foro reciperetur, ſępè enim accidit, vt homines, qui æs alienum contraxerunt, vxorem non inueniant, quia mulieres timent, quòd ſi fortè maritus decedat, dotem recuperare nõ valeant occupantibus creditoribus anterioribus res mariti.

Alia argumenta referunt, & refellunt Socin. Ioann. Bolognett. P. Barboſ. & Præceptor meus Fachin. locis indicatis, quos conſulas.

De diuiſione fructuum fundi dotalis eius anni, quo matrimonium ſoluitur ad l. diuortio 8. in principio, ff. ſolut. matrim. *Cap. X.*

1 SEntentia Papiniani relata ab Vlpiano *in l. 7. §. Papinianus, ff. ſolut. matrim.* quæ in vulgatis Codicibus poſita eſt *in l. 8. eod. tit.* exercuit omnium ferè melioris notæ interpretum ingenia. vide Alciat. *lib. 3. Parad. cap. 1.* Eguinar. Baron. *de benefic. lib. 3. cap. vltim.* Conan. *lib. 8. cap. 10.* Coraſ. *libr. 5. Miſcellan. cap. 7. & in commentarijs huius loci.* Duar. *lib. 1. diſput. cap. vltim. & in expoſitione huius loci.* vide etiam Cuiac. *in vſibus feudorum lib. 3. titul. 30. & ad lib. 2. ſent. Paul. tit. 22. & obſeru. 14. cap. 22. & lib. 11. qq. Pap. in expoſitione huius loci, & in notat. ad Ioann. Robert. lib. 2. cap. 8.* Ioann. Robert. *lib. 2. animad. cap. 8.* quorum ſententias nouiſſimè expenderunt diligenter Petr. Barboſ. *in commentarijs ad tit. ff. ſolut. matrim. in explicatione huius tex.* Alexand. Turamin. Senenſis *in libello hac de re edito,* in quo etiam inſeruit lucubrationes Ioannis Baptiſtæ Laderchij Imolenſis viri acutiſſimi. Ex his, vt mihi videtur, nullus collimauit, aliqui tamen eorum minus a ſcopo aberrauerũt. Itaque proponam ſententiam meam, eaque indicabo, quæ alij ante me rectè animaduerterunt, illud autem curaui diligentiſſimè, vt ſaluis verbis I. C. & iuris ratione totam hanc rem explicarem, quod vt commodius efficere valeam ſingula verba textus exponam.

2 *Papinianus lib. 11. qq. fructus diuidi ait, non ex die locationis, ſed habita ratione præcedentis temporis, quo mulier in matrimonio fuis.* Hoc eſt initium verborum, de quorum interpretatione agimus. In his autem verbis proponit Vlp. ex Papiniani ſententia hanc aſſertionem. *In diuiſione fructuum anni quo diuortium factum fuis, non locationis tempus inſpicitur, ſed matrimonij.*

Ideò autem Papinianus tempus locationis inſpici negauit, quia ſi hoc attenderemus, maritus interdum plus, interdum minus, quam ſibi debeatur, conſequeretur, quod vt verum eſſe oſtendat proponit duo exempla, ex quibus id clariſſimè euincit.

Notandum autem eſt in primis, ideò matrimonij tempus inſpici, quia dos datur, vt ea maritus fruatur quouſque matrimonium durauerit, iuris ergo ratio exigit, vt qui pro parte anni fuit in matrimonio, pro parte etiam fructibus fundi fruatur, ducto argumento a toto ad partem, iuxta regulam *l. quæ de tota, de rei vendicat.* His præcognitis ad verba I. C. redeamus, is autem inquit.

3 *Neque enim ſi vindemiæ tempore fundus in dotem datus ſit, eumque vir ex Kal. Nouembris primis fruendum locauerit, Menſis Ianuarij ſuprema die diuortio facto retinere virum vindemiæ fructus, & eius anni, quo diuortium factum eſt, quartam partem mercedis equum eſt.*

Intentio I. C. eſt his verbis proponere exemplũ, quo maritus plus habiturus eſſet, quàm ſibi debeatur, ſi locationis tempus inſpiciatur, nam in hac ſpetie maritus totam vindemiam, & quartam partem mercedis haberet, quod ab æquitate alienum eſt. Vt autem oſtendat, maritum & vindemiam, & quartam mercedis partem eſſe habiturum, hocque iniquum eſſe ſubdit hæc verba, *Alioquin ſi collectis vindemijs altera de diuortium intercedat fructus integros retinebit.*

Vis huius rationis eſt hæc, ſi ad lucrandum mercedis quartam partem ſatis eſt, quartam partem anni lapſam fuiſſe, vtique ad lucrandos fructus ſatis erit, eos perceptos fuiſſe ſuo tempore. Maiorem enim vim, quò ad rem noſtrã, non habet aduentus diei quò ad penſionem, quàm habeat perceptio, quò ad fructus, ſicut ergo ad lucrandam penſionem ſufficit veniſſe tempus eius, ita ad lucrandos fructus ſatis erit, eos fuiſſe perceptos. Quapropter ſi ſtatim, ac vuas collegit maritus diuerterit, eas lucrabitur, quia ſuo tempore collegit, ſed hoc eſt abſurdum, ergo & id, ex quo ſequitur.

4 Poſtquam autem expoſuit iniquitatem diuiſionis in ſpetie propoſita, ſi locationis tempus inſpiceretur, docet eam rectiſſimè fieri, ſi tempus matrimonij contracti inſpiciatur, dum ait. *Itaque ſi in fine Menſis Ianuarij diuortium fiat, & quatuor menſibus matrimonium ſteterit, vindemiæ fructus, & quarta portio mercedis inſtantis anni confundi debebunt, vt ex ea pecunia tertia portio viro relinquatur.*

Nota illa verba, *& quatuor menſibus matrimonium ſteterit*, non alia de cauſa poſita fuiſſe, quam vt intelligamus, rectam eſſe eius diuiſionem, dum iubet vindemiam cum quarta parte mercedis confundi, *vt ex ea pecunia tertia portio virò relinquatur.* Cum enim quatuor menſibus matrimonium ſteterit, ei debetur tertia pars fructuum anni, nam quatuor menſes tertiam anni partem conficiunt.

5 Mens quidem I. C. aperta eſt, eum velle tribuere tertiam partem omnium fructuum marito, nullus

tamen

tamen, quem ego viderim, docuit saluis eius verbis, & iuris ratione, quemadmodum ex modo diuidendi ab eo proposito maritus tertiam huiusmodi cõsequatur, & hic consistit omnis difficultas, quam vt eximamus, animaduertere oportet, I. C. non agere de eo, qui vineam in dotem acceperit, sed de eo, cui fundus in dotem datus fuit; inquit enim, *Neque enim si vindemia tempore fundus in dotem datus sit*, aliud namque est fundus, aliud vinea, & ideò præter vuas alij fructus ex fundo colligebantur, quod animaduerterunt rectissimè Cuiac. & Laderch. vineamque non fuisse in dotem datam, indè præterea colligitur, quòd, vt monet Laderchius, vnius tantum anni fructus diuidi debent, & ideò fatuus fuisset I. C. qui præter vindemiam, quæ tunc continuisset omnes fructus, quartam partem mercedis ad sequentem annum pertinentis in diuisionem vocaret.

6 Cum ergo fundus in dotem datus alios fructus, præter vuas redderet, vtique I. C. dum quartam partem locationis in diuisionem vocat, id facit, vt marito aliorum quoque fructuum (quos mulier propter locationem habere non poterit) pars tribuatur. Ergo supponit quartam partem mercedis reliquorum fructuum valorem adæquare, aliàs pueriliter errasset, quippe qui nesciuisset eam partem pẽsionis capere, quæ valorem huiusmodi fructuum conficeret; ergo rectissimè diuidit, dum confundit cum vindemia quartam partem mercedis: nam hoc modo in diuisionem omnes fructus vocantur, eorumque tertia pars marito tribuitur, quia tertia anni parte in matrimonium stetit.

7 At dices, I. C. ergo agit de casu, quo vindemia maiorẽ partẽ fructuũ fundi constituebat, & reliquorũ fructuũ valorem quarta pars mercedis cõstituebat, cur ergo harũ circunstantiarũ mentionẽ non facit? cur adeò effuso sermone rem explicat? Respondeo, viros doctos in recensendis aliorum sententijs consueuisse rem pressius explicare, quam ij faciant qui eius auctores sunt, satis esse putantes mentem auctoris exponere, si quis enim rem non intellexerit, auctorem ipsum adire poterit; non est ergo mirum si Vlp. in recensenda Papiniani sententia huiusmodi circunstantię non meminerit, cum ita rem proposuerit, vt facile esset mentem Papiniani assequi, etiam si huiusmodi circunstantiæ mentio non fuisset facta; quis enim non intelliget ex verbis Vlpiani Papinianum velle fructuum tertiam partem pertinere ad maritũ? quod ne tibi videatur durum animaduerte, non indistinctè attendi hac in re tempus matrimonij, necessaria enim est traditio *l. 5. ff. solut. matrim.* & tamen Vlp. dicit indistinctè ex Papiniani sententia tempus matrimonij inspici. Item certum est locum non esse diuisioni huiusmodi, nisi cum bona gratia factum fuit diuortium, vt ex Vlp. *in fragmentis, tit. de dotibus*, animaduertit Cuiac. *in qq. Papin. in explicat. huius loci*, & tamen Vlpian. nec huius circunstantiæ mentionem facit, etiam si ex dictis ipsius non possit colligi Pap. loqui, cum traditus fuit fundus, & diuortium bona gratia factum fuit.

8 Vtque intelligas veram esse sententiam nostram, perpende verba I. C. quæ post prædicta sequuntur. *Econtrario quoque idem obseruandum esse: nam si mulier percepta vindemia statim fundum viro in dotem dederit, & vir ex Kal. Martij eundem locauerit, & Kal. Aprilibus primis diuortium subsecutum fuerit non solum partem duodecimam mercedis, sed pro modo temporis omnium mensium, quo dotale prædium fuerit ex mercede, qua debebitur portionem retinebit.*

Ponit his verbis speciem, in qua contrarium accideret eius, quod in superiori spetie accidebat, si tempus locationis inspiceretur, nam maritus in hac spetie etiam si sex mensibus matrimonium durauisset pensionis duodecimam tantum partem haberet, si locationis tempus sequeremur, quod absurdissimum esse cuique patet, & ideò I. C. omissa probatione huius absurdi, ostendit rectissimè diuisionem fieri sequendo tempus matrimonij, tunc enim maritus fructuum partem dimidiam habebit, quia sex mensibus matrimonium durauit. Ait autem I. C. *econtrario quoque idem obseruandum est*. Hoc est eodem modo diuisio in hac spetie fieri debet, quo in superiori hypothesi facta fuit, ergo cum in hac specie in diuisionem vocet vnius tãtum anni vniuersos fructus, idem quoque fecit in spetie antecedenti, ergo verum erit, quod dixi I. C. supponere quartam pensionis partem reliquorum fructuum adæquare, alias non idem obseruaret. Errãt igitur illi, qui putant quartam partem mercedis in contributionem vocari, quia tres menses a die locationis elapsi fuerant, non enim I. C. tempus locationis considerat, sed matrimonij, & ideò in versic. ex contrario, etiam si vnus tantum mensis a die locationis excessisset, marito tamen dimidiam partem mercedis tribuit, quia sex mensibus matrimonium durauit.

9 Quartam partem ergo mercedis I.C. sumit, nõ quia sit quarta pars, vel quia tres menses a die locationis excesserint, sed quia reliquorum fructuum valorem adæquabat, itaque nobis non præscribit regulam, vt capiamus quartam partem mercedis indistinctè, sed quando valorem reliquorum fructuum constituit.

Ex his intelligimus, pueriliter labi eos, qui putant maiorẽ partem mercedis in distributione vocandam esse, cum longiori tempore matrimoniũ durauit. Nam semper ijdem fructus diuiduntur, idest vniuersi: æquum est enim ex fructibus illius anni maritum partem habere pro tempote, quo matrimonium durauit.

Secundò ex prædictis sequitur, manifestissimè peccare eos, qui aiunt, æquale fuisse in hac spetie pretium vindemiæ, locationi, nam vt Laderch. optimè notat, si vindemiæ valor mercedi respondet, fundus nihil præter vuas reddit, ergo maritus, qui vuas colligit illius anni, quo matrimonium dissolutum fuit, vniuersos fructus pęnes se habebat. Cur ergo quarta pars mercedis, quæ ad sequentem annum spectat, in diuisionem vocatur, cum maritus nihil petere possit ex fructibus anni, qui sequitur post diuortium? ex quo etiam grauius eos peccare intelligimus, qui plus valuisse vindemiam putant, quàm fuisset locatus fundus.

10 Quæ incommoda etsi illi euitent, qui plus in mercede fuisse existimant, quam vindemia valuerit, nemo tamen eorum sic speciem effingit, vt vindemia cum quarta parte mercedis vniuersos

fructus

fructus conficiat, quod commodiſſimè fiet, ſi dicemus mercedem quarta parte maiorē fuiſſe pretio vuarum, veluti ſi vuæ valebunt duodecim, merces autem erat ſexdecim, addita quarta parte mercedis vniuerſorum fructuum valorem habebis, ſcilicet ſexdecim, quem ſemper rectiſſimè diuides, ſi tempus matrimonij ſpectaueris quacumque anni parte matrimonium fuerit diſſolutum modo nō excedas illum, tunc enim nō amplius agendum erit de vuis, quia per lapſum anni factæ fuerunt mariti, ſed de mercede tractandum erit, quam ſi pro rata temporis, quo matrimonium ſteterit diuides, optima ſemper erit diuiſio.

Hæc eſt mea de loci huiuſce ſententia, quam ſi veram eſſe exiſtimaueris, iure lętabor, quod ſi me a ſcopo aberrauiſſe iudicaueris, non erubeſcam ea in re cecutiſſe, in qua melioris notæ Iuriſconſulti lapſi fuerunt.

Pater vtrum inuitus conſtituat dotem filiæ, quam ipſe in matrimonium ſine dote collocauit. Cap. XI.

SI pater in matrimonium filiam dederit, eique nullam conſtituerit dotem, quæri ſolet, an cogi poſſit ad eam conſtituendam; de qua re non idem a noſtris traditum eſt. Cōmunis tamen, & recepta opinio filiæ faciet. vide gloſſ. *in l. obligamur, ff. de act. & obligat.* Alex. *conſ. 169. nu. 2. lib. 7. & in l. 1. nu. 31. ff. ſol. matr.* vbi P. Barboſ. *p. 4. nu. 27.* eam ſequitur, & defendit.

1 Huius ſententiæ duo reperio ſundamenta. Primum ſic ſe habet conſtutio Marci, & Veri Impp. de qua *in l. qui liberos, ff. de rit. nupt.* ad duo obligat patrem; ad dandum ſcilicet dotem, & inueniendum virum filiæ, ergo pater non eſt functus officio ſuo, cum virum inuenit, ſi dotem ei non dederit.

2 Secundò dos datur mulieri non ſolum, vt inueniat virum, ſed vt ſuſtineat onera matrimonij, & ne ipſa male tractetur a viro, *l. fin. C. ad S. C. Vell. l. vbi adhuc, C. de iur. dot.* ergo non eſt ſatis, quod mulier nupſerit.

Contrarium ſcripſerunt Bart. *in d. l. obligamur, & in Auth. reſque, num. 6. C. cum de leg.* Salicet. *in l. qui liberos, num. 2. ff. de rit. nupt.* & alij, de quibus Barboſ. vbi ſupra, & rectiſſimè.

3 Euidenter enim hæc opinio probatur *ex l. pater filiæ 71. ff. de euict.* vbi proponitur hæc facti ſpecies. *Fuit datus in dotē fundus a patre filiæ, iſque fuit euictus, dubitat I. C. an pater habeat actionem contra eū, a quo fundum acquiſiuit.* Ratio dubitandi oriebatur ex eo, quòd intereſſe non videbatur patris, quod fundus fuerit euictus, quo non obſtante ipſe decidit actionem ei competere: additque rationem. *Intereſt enim patris filiam dotatam habere, & ſpem quandoque recipiendæ dotis.* Si putaſſet Iuriſconſultus, patrem cogi poſſe ad dandam dotem filiæ nuptæ, quotieſcumque dote caret, quęnam ratio dubitandi in propoſito eſſe poterat, cum filia indotata remanſiſſet, non ſua culpa, aut caſu aliquo, ſed quia pater in dotem dedit fundum alienum? Cur I. C. omiſſa ratione, quod maximè intereſſet patris fundum non fuiſſe euictum, quia cogebatur iterum dotare, aliam rationem minus idoneam in medium attuliſſet?

4 Huic argumento ex aduersò reſpondetur, patrē hoc in caſu functum fuiſſe officio ſuo, quia ſemel dotem dedit, & ideò eum non cogi iterum dotem dare; ſed fruſtra. Ex hoc enim ſequitur, non alia de cauſa patrem cogi dotare filiam, quàm vt inueniat virum; ſi enim id facere cogeretur, vt onera matrimonij ſuſtinere poſſet, & ne malè a viro tractaretur, pater, qui fundum alienum in dotem dedit, non diceretur officio ſuo functus.

5 Secundò pro hac opinione conſidero, interdum expedire aliquam mulierem etiam ſine dote in vxorem ducere. Conſidero etiam, eos, qui de dote ſolliciti ſunt, non antea nuptias contrahere, quam de dote conuenerit. Poſtremò animaduerto patrem, qui nulla conſtituta dote, alicui filiam dedit in vxorem, inuenturum fuiſſe virum maioris conditionis ſi dotem ab initio conſtituiſſet: experientia enim docet mulieres, quò plus dotis afferunt, eo digniorem virum inuenire, ergo ei fieret iniuria, ſi dotem dare cogeretur, de qua ab initio non conuenit, ergo hoc in caſu non poterit cogi, tunc enim demum pater cogitur dare dotem, ſi per iniuriam hoc facere negauerit, *l. qui liberos, ff. de rit. nupt.* & expoſui infrà cap. 14. num. 3.

6 Poſtremò traditum eſt leges Rom. ius vitæ, neciſque conceſſiſſe parentibus in liberos, *l. in ſuis, in fine, ff. de lib. & poſth.* nullamque aliam gentem talem habuiſſe in liberos poteſtatem, qualem Rom. habebant, *§. fin. Inſt. de patr. poteſt.* ergo incredibile eſt hoc iure cautum fuiſſe, vt pater cogeretur dotem dare filiæ nuptæ, nulla enim cauſa afferri poteſt cur hoc fuerit ſancitum.

Nam quod dicitur, mulier male tractabitur a viro, ſi dotem non habebit, facilis eſt reſponſio; ceſſare hanc ſuſpicionem, quia eius vir oſtendit, ſibi maximè expedire huiuſmodi mulierem etiam ſine dote vxorem habere, vel eam amare ardenter, alias ſine dote eam non duxiſſet, hoc enim ſatis erit ad continendum eum in officio, poteritque mulier probitate, diligentia, & obſequijs (quæ res omnē dotem adæquant) amorem mariti ſibi, vel conciliare, vel conſeruare.

7 Non obſtat argumentum primò pro contraria parte adductum, quia vt alij ante me animaduerterunt, non ſunt duo officia, inuenire virum, & dotem dare, cū vnum ſit in gratiam alterius, ideò enim pater cogitur dotem dare, vt nubat; vnum ergo officiū eſt patris, nuptui dare filiam; vbi enim ſunt duo propter vnum ibi vnum tantum, vt vulgo, verè tamen, dici ſolet.

Ideò autem dotis mentionem fecit conſtitutio, quia plerunque ſine dote non inuenitur vir, & ne pater tergiuerſandi occaſionem haberet, dum dotem dare negat, profitendo ſeparatum ad conſentiendum nuptijs filiæ, ſi vir honeſtus reperiatur, interim re ipſa id impediendo dum negat dare dotem.

8 Ex his opinionem Bart. veriorem eſſe cenſeo; ſi tamen contrariam partem ſequaris eam intelligas, ſi modo tacitè, vel expreſsè non conuenerit inter patrem, ne dos daretur; hoc enim in caſu iniuria fieret patri, quippè, qui non dediſſet filiam vxorē viro huiuſmodi, ſi dotem dare ei voluiſſet; atque ita docuit rectiſſimè Soc. iu. *in l. 1. n. 229. ff. ſol. mat.*

Pro

9 Pro qua opinione est tex. *in l. si pater 79. ff. de iur. dot.* vbi quæritur, an pater, qui mortis causa dotem promiserit, possit, si conualuerit, promissionem reuocare, & concludit I. C. posse, quia non simpliciter promisit, sed mortis causa, cuius conuentionis natura est, vt reuocari possit; ergo conuentio patris circa dotem filiæ est obseruanda.

10 Cauendum est itaque a P. Barbos. *in d. l. 1. par. 4. num. 29.* qui contrarium tenuit ea ratione, quod non sit in potestate mariti iuribus mulieris detrahere, non competit enim ius filiæ cogendi patrem simpliciter, sed si iusta causa dotem dare negauerit *d. l. qui liberos, ff. de rit. nupt.* itaque non est ius quæsitum filiæ contra patrem, qui ei maritum inuenit, ad petendam dotem, antequam ipse absque iusta causa dotem dare recusauerit, & per consequens maritus eius iuribus per conuentionem non detrahit.

An pater cogatur dare dotem filiæ, quæ eo inscio nupsit. Cap. XII.

SVperflua esset disceptatio hęc, an pater teneatur dotem dare filiæ, quæ eo inscio nupsit in illis casibus, in quibus de iure ciuili consensus patris necessarius est, si omnes Bart. opinionem, quam in superiori capite defendimus, sequerentur, sed quia homines faciles sunt ad dissentiẽdum, non erit inutile de hac re differere, quæ rationem particularem habet.

1 Cogi autem posse patrem filiæ, quæ eo inscio nupsit, dotem dare receptum est, vt mihi videtur, apud interpretes. Sic enim senserunt gloss. *in c. hoc sunctum 32. q. 2. in c. de raptoribus, in verbo excusata 36. q. 1.* & alij, de quibus Alex. *in l. 1. num. 30. & 31. ff. sol. matrim.* vbi P. Barbos. alios recenset, & eam sequitur *par. 4. num. 36.* eandem etiam probauit Lud. Molin. qui multos recenset *de primog. lib. 2. cap. 16.* D. Fachin. *lib. 3. cap. 45.* Surd. *de alim. tit. 1. q. 6. num. 17.* Andr. Gayl. *lib. 2. obseruat. 95. a num. 11.*

2 Fundamentum huius sententiæ est duplex. Primum est huiusmodi. Filia dum nubit sine consensu patris vtitur facultate sibi a iure Pontificio data, ergo propter hoc dote priuari non debet, vbi enim non est culpa, ibi pœna esse non debet.

3 Secundò. Filia si dote priuari posset ex eo, quod inscio patre nupserit, facilè retraheretur ab ijs nuptijs, quas maximè appetit, ergo facultas priuandi hoc in casu filiam dote imminuit libertatem matrimonij, ergo non est admittenda, *c. gemmu, de sponsalibus, cum similibus.*

4 Secunda opinio est Abb. *in c. 1. num. 6. de adult. & stupr.* qui distinguit inter eam, quæ nupsit nulla dote constituta, & eam, quæ dotem promisit. Primo casu pater non tenetur, secundo verò sic.

5 Fundamentum primi membri in eo positũ est, quod nulla fit iniuria marito, qui de dote non fuit sollicitus, nec filiæ, quia eum maritum habet, quẽ cupiebat habere.

6 Secundi membri fundamentum est istud. Filia id munus adimpleuit, quod pater subire debebat, ergo idem est, ac si ipse dotem promisisset, *l. filius, l. si ideo, §. finali, ff. de in rem verso.* & explicat Bart. *in l. obligamur, in fine, ff. de action. & obligat.*

7 Ego verò nonnullorum distinctionibus omissis, indistinctè assero, patrem non esse cogendum dotem dare filiæ, quæ sine eius consensu nupsit, si versemur in illis casibus, in quibus ius ciuile requirit patris consensum etiam si viro digno nupserit.

Motus Primò *ex l. si vt proponis 7. C. de nupt.* cuius verba hæc sunt. *Si vt proponis post querelã de marito a filia tua a te delatam, dissolutum est matrimonium, nec te consentiente ad eundem regressa est, minus legitima coniunctio est cessante patris voluntate, in cuius est potestate, atque ideò non petente filia petitionem dotis repetere non prohiberis.* Cuius textus, & si nullus ex modernis Scriptoribus meminerit, eius tamen mentionem facit Lud. Rom. *in l. 1. nu. 5. ff. sol. matr.* ex quo facilè intelligitur, quantum errent illi, qui veterum commentarios non euoluunt. Vides ex hoc loco licere patri repetere dotem a genero, cui post diuortium filia sine eius consensu iterum nupsit, nulla facta distinctione, an indignus esset maritus, an dignus, ergo iure ciuili pater non cogitur dotem dare filiæ, quæ eo inscio nupsit, ad quid enim daretur actio patri ad recuperandam dotem, si ad eam petendam filia ius haberet? vulgata sunt iuris axiomata, dolo petis, quod statim restituturus es, & cui competit actio multò facilius conceditur retentio, & exceptio.

8 Secundò pro hac parte vrget id, quod legitur *in Instit. in tit. de nupt.* ibi enim Imp. multa præcepta præscribit obseruanda illis, qui nuptias contrahũt, & inter alia, vt filij familias consensum parentum masculorum adhibeant, deinde *in §. si aduersus,* inquit, *Si aduersus ea, quæ diximus, aliqui coierint, nec vir, nec vxor, nec dos, nec matrimonium intelligitur,* ergo si filia nupserit sine consensu patris, nec matrimonium, nec dos secundum ius ciuile adesse intelligitur, ergo pater cogi non poterit secundum iuris ciuilis sanctionem dotem dare filiæ.

9 Ad argumenta partis aduersæ haud difficile respondetur, nam ad primum respondeo, mulierem iure quidem suo vti, matrimoniumque valere, non sequitur tamen patrem cogi posse dotem dare, quia facultas cogendi patrẽ, non oritur, nec ex iure gentium, nec ex iure Pontificio, sed ex constitutione iuris ciuilis, *l. qui liberos ff. de rit. nupt.* quæ cum non indistinctè hoc concedat, sed in aliquibus tantum casibus, manifestum est, patrem extra huiusmodi casus non posse cogi.

Itaque cum noluerit hanc facultatem dare filiæ, quæ inscio patre in cuius potestate est, nupsit, consequens est eam nullum tunc habere remedium ad cogendum patrem.

10 Nec dicas, ius Pontificium, sicut correxit ius ciuile in ea parte, in qua omnino adhiberi voluit patris consensum, ita etiam correxisse eiusdem iuris sanctiones, quæ illius accessoriæ sunt, quoniam animaduertendum est, ius canonicum validas quidem censere huiusmodi nuptias, sed eas non omnino probare, dedecet enim virginem virum sibi quærere, *cap. honorantur, in princip. 30. quæst. 1.* magnumque incommodum Resp. sentiret, si mulieres huiusmodi nuptijs assuescerent. Itaque circa hanc rem iure canonico id statutum fuit, quod matrimonio aduersabatur, illud scilicet ex patris auctoritate pendere,

cætera

cætera verò intacta reliquit. Itaque iuris ciuilis ſanctiones matrimonij ius imminuentes omninò ſublatæ ſunt, cæteræ verò nequaquã, quapropter conſtitutio, de qua agimus, ſalua eſt, quia matrimoniũ non tangit, quod ſine dote conſiſtere poteſt.

11 Et licet hac de cauſa interdũ mulieres ab illis abſtineant nuptijs, quas maxime exoptant, nõ propterea quidquam abſurdi ſequitur, namq́ue officium legislatoris eſt ad virtutem ciues excitare, ab ijsq́ue retrahere, quæ pudorem offendunt, *l. 1. ff. de iuſt. & iur.* Itaq́ue munus legislatoris eſt præmijs allicere filias ad nubendum cum conſenſu parentum, quia nuptiæ, quas ſibi eligunt, virginalem pudorem offendunt, *dicto cap. honorantur 30. quæſt. 1.* ergo rectiſſimè conſtitutum fuit, patrem ab ea filia, quæ eo ſciente, & volente nupſit, cogi poſſe ad dotem dandam, eam verò, quæ ſibi virum elegit, ius iſtud non habere, idq́ue facilius eſt admittendum, cum hęc facultas non ex iure gentium deſcendat, ſed ex iuris ciuilis benignitate, *l. qui liberos, ff. de rit. nupt.* in cuius poteſtate fuit de ea ad libitum diſponere.

12 Ad ſecundum reſpondeo id, quod vulgò iactatur, matrimonia libera eſſe debere, hunc habere ſenſum, ne quis inuitus ad matrimonium præcisè compellatur, nec ſic intelligi debere, vt impedimẽtum inijci non poſſit ei, qui ad alicuius nuptias anhelat, conſtat enim, vtroque iure fuiſſe pœnam impoſitam ei, qui ſponſalia contraxit, ſi ea adimplere negauerit, amittit enim arras datas, & excommunicatur. vide tex. *in l. 5. C. de ſponſalibus, cap. ex litteris 10. extra eodem tit.* quod vtique fieri non potuiſſet, ſi matrimonij natura hæc eſſet, vt nullum prorſus impedimentum afferatur ei, qui nubere vult. Quid ſi enim Titius ſpõſalia cõtraxit cũ Caia, deindè mutata voluntate ad nuptias Seiæ aſpiret? ſi mulctatur amiſſione arrarum, & cętu fidelium per excommunicationem eximitur, non ne ei maximum impedimentum affertur, ne eam, quam cupit, habeat vxorem?

13 Admittit ergo matrimonij natura aliquod impedimentum, dummodò a præciſa coactione abſtineamus, ergo ab eius natura non recedit conſtitutio, de qua agimus, cum præciſam coactionem non contineat, & quod maximi momenti eſt, non auferat aliquid mulieri, quod ſuo iure habeat, ſed id tantum deneget, quod ius ciuile concedit quibuſdam in caſibus; quis enim vnquam dubitauit, licere præmio mulieres ad honeſtiores nuptias allicere? *l. hoc ita 63. ff. de cond. & demonſtr.*

14 Reſtat opinio Abb. quæ in ſecundo membro nobis aduerſatur, & ideò eius argumento reſpondendum eſt, quod vno verbo tollitur dicendo text. ex aduersò allegatos loqui in illis caſibus, in quibus pater obligatus erat id facere, quod filius fecit, & ideò non pertinent ad rem noſtram, cum patri hoc onus impoſitum fuiſſe negemus in ſpetie de quo agimus.

Pater an poſſit exhæredare filiam in eius poteſtate exiſtentem, quæ ſine eius conſenſu viro honeſto nupſit. Cap. XIII.

1 ADmonet me quæſtio, quam in ſuperiori capite explicaui, vt diſcutiam celebrem iuris controuerſiam, nunquid pater exhæredare poſſit filiam, quę ante vigeſimumquintum annum viro honeſto nupſit eo inſcio, de qua latè agunt DD. *in Auth. ſed ſi poſt, C. de inoffi. teſtam.* Abb. *conſ. 12. lib. 1.* Dec. *conſ. 131.* Pariſ. *conſ. 29. lib. 3.* Hypolit. Riminal. *conſ. 133. lib. 2.* Petr. Barboſ. *ad l. 1. part. 4. a num. 32. ff. ſolut. matrim.* Couar. *de ſponſ. par. 2. cap. 3. §. 8. num. 5.* D. meus Fachin. *lib. 3. cap. 44.* Surd. *de alimen. tit. 1. quæſt. 6.* Hæc autem res ex eo dependet, an iure ciuili id liceat, & ſi licet, an iure canonico correctum fuerit.

2 An iure ciuili liceat multi ambigunt, moti ex eo, quod legitur *in Auth. vt cum de appel. cogn. §. aliud quoque capitulum,* in illis verbis, *ſi alicui ex prædictis parentibus volenti filiæ ſuæ maritum dare, & dotem ſecundum vires ſubſtantiæ ſuæ pro ea pręſtare, non conſenſerit, ſed luxurioſam vitam degere elegerit,* hinc enim colligunt, non aliter filiam, quę recuſauit maritum ſibi oblatum a patre exhæredari poſſe, quam ſi luxurioſè viuere cęperit, & ideò exhæredationi non eſſe locum, ſi viro honeſto nupſerit.

3 His ego non aſſentior, ex verbis enim eiuſdem conſtitutionis contrarium, vt mihi videtur, clariſſimè colligitur, dum inferius ait. Secundum veterem translationem, a qua nec Iulianus, aut Haloander diſcrepant. *Si verò vſque ad vigintiquinque annorum ætatem peruenerit, & forſitan ex hoc contigerit eam in corpus ſuum peccare, aut ſine conſenſu parentum marito ſe, libero tamen copulare, hoc ad ingratitudinem filiæ nolumus imputari, quia non ſua culpa, ſed parentum id commiſiſſe dignoſcitur.*

Vides his verbis Iuſtinianum explicare, nunquid liceat exhæredare filiam, quæ poſt 25. annos inſcio patre, libero tamen viro ſe ſe iunxit; ſi ſuprà conſtituiſſet, vt aduerſarij volunt, non licere patri exhæredare filiam ex eo ſolo, quòd nupſit ſine eius conſenſu, cur ſeparatim agit de filia, quæ poſt 25. annum ſibi virum elegit? quænam erat ratio particularis, quæ hunc caſum a regula ſuprà poſita ſepararet? Cur hanc filiam cum ea coniungit, quæ poſt 25. annum in corpus ſuum peccauit, ſi pro regula ſtatutum ſit, hanc eſſe cauſam inſufficiẽtem ad exhæredandam eam? Cur denique eam excuſat, quod non ſua ſed patris culpa peccauerit? Nulla, vt mihi videtur, ratio idonea occurrit excuſandi Iuſtinianum, ſi ſuprà conſtituiſſet, non licere filiam exhæredare cum ſine auctoritate patris nupſit.

4 Hinc intelligis argumentum collectum a contrario ſenſu ex verbis, quæ aduerſarij afferunt nullatenus colligi poſſe; traditum eſt enim genus hoc argumenti ex mente, & ſententia legislatoris deduci debere, nec habere locum, cum legislator notaretur. vide DD. *in l. 1. ff. de offic. eius cui mand. eſt iuriſdict.*

5 Vt tamen hæc res planior ſit, animaduertendum puto, duas eſſe cauſas exhæredationis differentes; quòd filia maritum oblatum a patre recuſauerit, & quòd ſibi virum elegerit. De prima cauſa agit Imp. in verbis prædictis, & rectiſſimè concludit eam non ſufficere, niſi filiam vitam luxurioſam elegerit. De ſecunda agit in verſ. ſi verò. Non poteſt ergo admitti argumentum aduerſariorum, dum dicunt, filia, quæ recuſauit maritum ſibi oblatum non poteſt exhæredari, niſi luxurioſe viuat,

ergo

ergo non poterit exhæredari, si maritum honestũ elegerit, nã argũ procedit, si modò honestè viuendo aliam causam ingratitudinis non commiserit, quid si enim pudicè quidem viuat, sed insidietur vitæ patris, non ne poterit exhæredari? & ideò nõ rectè dicunt, ergo per iniuriam exhæredatur, si maritum honestum inuenerit, hæc enim est alia causa, & quidem separata, propter quam filia exhæredari potest. Iure ciuili ergo permissum est hanc filiam exhæredare.

An idem sit secundum ius canonum videamus, & idem esse assero. Motus, quia, quòd liceat filijs impugnare testamentum, in quo exhæredati fuerunt, est beneficium iuris ciuilis, *l. 2. ff. de inoff. test. & in Inst. eod. tit. in princ.* ergo legislator cognoscens nuptias, de quibus agimus, præmio indignas esse, iustissimè suum denegat beneficium, eius enim munus est bonos ciues efficere præmiorum spe, *l. 1. ff. de iust. & iur.* & sicut licet priuatis præmij spe ad honestiores nuptias allicere, *l. hoc ita 63. ff. de cond. & demon.* ita licebit legislatori, qui propterea non infringit libertatem matrimonij, vt aduersarij existimant, vt colligitur ex ijs, quæ exposui in c. antecedenti, nu. 10. 11. & 12. ad quem locum te relego, ne actum agam.

Vtrum pater cogatur dare dotem filiæ diuiti. Cap. XIIII.

ELegans est disputatio, an pater teneatur dotem dare filiæ diuiti, in qua alij de more aiunt, alij negant.

Aiunt multi *in l. fin. C. de dot. promiss. in l. 1. ff. sol. matr.* & alibi, quos refert, & sequitur Barbos. *in d. l. 1. par. 4. num. 16. & 18.*

1 Fundamentum huius opinionis positum est *in l. fin. C. de dot. promiss.* vbi Imp. agens de patre dotante filiam diuitem, ait, *neque enim incognitæ sunt leges, quibus cautum est, officium paternum esse dotẽ filiabus constituere,* ergo constitutio, de qua *in l. qui liberos, ff. de rit. nupt.* qua cauetur, vt pater cogatur dotem dare filiabus, pertinet etiam ad filias diuites.

Secundò legitima debetur filiæ diuiti, ergo & dos ei debetur, dos enim in locum legitimæ succedit.

2 Negant verò, patrem hoc in casu teneri dotem constituere cum Bart. *in l. cum mulier, §. cum proponeretur, ff. ad S. C. Trebell.* Alij quos recenset Barbos. *vbi suprà num. 17.* D. Fachin. *lib. 10. c. 38.* quibus me socium addo.

Motus primò ex eo, quòd vna tantum est lex inter volumina nostrarum legum, quæ cogat patrem filias dotare; constitutio nempè Marci, & Veri Impp. quæ refertur *in l. qui liberor, ff. de rit. nupt.* nam tex. *in l. fin. C. de dot. promiss.* quò ad hanc partem nihil noui inducit, immò clarè se refert ad leges antiquas, inquit enim, *neque enim incognitæ sunt leges, quibus cautum est officium paternum esse dotem filiabus constituere.*

Itaque si ostendero *in d. l. qui liberos*, nullo modo contineri, vt filiam diuitem pater dotare teneatur, clarè nostra opinio probata erit; id aũt sic ostẽdo, tex. *in d. l. qui liberos,* loquitur de filiab. in ptãte existentibus, ergo loquitur de filiabus, quæ nihil proprij habebant, consequentia est clara, quia tũc quicquid filij acquirebant exceptis castrensibus in bonis patris erant; postea enim introductum fuit, vt bona materna non acquirentur patri vtque in aduentitijs proprietas esset filiorum, & vt liceret filiofamilias sub hac conditione legatum, vel fideicommissum relinquere, ne vsufructus patri acquiratur. vide tex. *in l. 1. cum seqq. C. de bonis matern. in l. final. C. de bon. quæ lib. in Auth. vt liceat matr. & auiæ, in principio.*

3 Secundò ait tex. *qui liberos, quos in potestate habent per iniuriam prohibent vxorem ducere, vel nubere, vel dotem dare nolunt, coguntur in matrimonium collocare, & dotem dare,* ergo pater, qui per iniuriã non denegat dotem dare filiæ non est cogendus; ergo pater non cogitur dotare filiam diuitem, tunc enim iustissimè eum dotem denegare non est dubitandum, ad exemplum alimentorum, iure naturæ filijs debitorum, hæc enim non iniuria denegat pater filio diuiti, *l. si quis a liberis, §. idem rescripsit, ff. de lib. agnosc.*

4 Nec dicas illa verba per iniuriam, non esse referenda ad dationem dotis, quia dum textus de ea loquitur, simpliciter dicit, patrem, qui dotem dare negat, cogi posse dotem filiabus constituere, quia nisi hæc verba subintelligantur, absurdũ intellectũ continebit tex. vt scilicet pater, qui sine iniuria, hoc est iusta ea causa, dotem filiæ denegat, cogi possit eam constituere.

Quis enim hoc a iure Romanorum fuisse introductum existimauerit, cum eo iure tanta in liberos potestas parentibus competeret, quantam nulla alia gens habebat? *§. fin. Inst. de patr. pot.*

5 Tertiò, iure Romanorum longè melior conditio masculorum erat, quam fœminarum, *l. maximũ vitium, C. de lib. præterit.* quis ergo existimauerit, alimenta, quæ masculis debentur, tunc non esse præstanda, cum filius diues est, *l. si quis a liberis, §. idem rescripsit, ff. de lib. agnosc.* dotem verò a patre constitui debere, etiam si filia diues sit, cum nulla differentiæ ratio afferre possit, & longè arctior sit obligatio alendi filios, patrique minus onerosa, quàm sit obligatio dotandi?

6 Postremò Iustin. Imp. *in l. fin. C. de dot. promiss.* non semel, vel iterum, sed sex vicibus appellat dotem, quam pater filiæ diuiti præstat, liberalitatem, quod absurdè dictum esset, & perperam toties inculcaretur si ad eam dotandam cogi posset pater: nemo enim liberalis existit in necessitatibus, nec quisquam liberalitatem exercet, quando actum facit, vt ab aliquo onere se eximat, *l. 1. in principio, ff. de donat. l. rem legatam, ff. de adimen. leg.*

Cui argumento non obstat quorundam responsio, dotem, non iure actionis deberi, sed ex officio iudicis nobili, quod quia non supponit obligationem, non malè dicitur pater exercere liberalitatẽ, si antequàm in iudicium fuerit vocatus, dotem constituerit.

7 Quoniã replicari potest, non satis esse ad excusandum Iustinianum, qui toties libralitatis nomine dotẽ huiusmodi appellauerit; nam licet verum esset, patrem non censeri obligatum, antequàm in ius vocatus fuerit, attamen negari non potest in

pote-

poteſtate ipſius non eſſe ab obligatione dotandi ſe eximere, admittunt enim huius reſponſionis auctores patrem illico, ac filia adit iudicem, obligari dotem dare, & nullo modo euitare poſſe hoc onus, hinc enim ſequitur, re ipſa hanc obligationem non differre ab obligatione, quæ nata eſt: quid enim refert, patrem obligatum eſſe, vel in poteſtate filiæ eſſe, vt ſtatim obligetur?

8 Quibus nō obſtant adducta in cōtrarium, quod enim pertinet *ad l. fin. C. de dot. promiſs.* animaduertendum eſt, rationem quidem naturalem dictare, vt officium patris ſit dotare filias, hoc tamen non cogere patrem ad hoc munus adimplendum, nam antequàm lata fuiſſet conſtitutio Marci, & Veri, quæ hoc introduxit, ſcripſit Celſus, qui vixit tempore Hadriani, vt eſt apud Lampridium in eius vita, officium paternum eſſe dotem filiæ dare, *vt in l. dotem dedit, ff. de collat. bonor.*

9 Nec dicas legem prædictam loqui de officio, quod ex legibus poſitiuis iniungitur patri dotandi filias, inquit enim, *neque enim incognitæ ſunt leges* &c. quia animaduertendum eſt, leges poſitiuas approbaſſe dictamen rationis naturalis ſuadentis patri dotem dare filiabus, deindè dediſſe facultatem iudici cogendi patrem, ſi per iniuriam dare dotem negauerit, *vt in d. l. qui liberos, ff. de rit. nupt.* Itaque, leges de hac re latæ, duas habent partes. Prima continet approbationem dictaminis naturalis ſuadentis patri dotem dare filiabus. Secunda pars cōtinet facultatem datam iuſdicentibus cogendi patrem ad dotem dandam, ſi per iniuriam eam dare noluerit, & ex hac ſecunda parte pater cogitur dotem dare, non ex prima, quod manifeſtè docet Iuſtin. *in d. l. fin.* dum ſex vicibus liberalitatem appellat dotem datam, eo in caſu, quo dixerat, officium paternum eſſe dotem huiuſmodi dare. Si enim id ex neceſſitate eſset, quomodò Iuſtinianus defenderetur, quòd liberalitatis nomine eam nuncupauerit?

10 Ad ſecundum argumentum facilè reſpondetur, dotem ſuccedere loco legitimæ, quò ad imputationem, non quò ad alia, non enim mulier, quæ dotem habuit, prohibetur legitimæ ſupplemētum petere, necnon impugnare teſtamentum paternū, ſi non fuerit inſtituta hæres, iuxta tex. *in §. aliud quoque capitulum, Auth. vt cum de appell. cogn.* neque enim dos cēſetur portio hæreditatis paternæ, *iuxta Auth. de trient. & ſemiſſ.* itaque argumentum non poteſt adaptari ad rem noſtram, quia de imputatione non agimus.

Pater an cogatur dotare filiam emancipatam. Cap. XV.

NOn conuenit etiam inter DD. an pater cogatur cōſtituere dotem filiæ emancipatæ. Multi autem putant, etiā hoc in caſu, patrem cogi poſſe, quorum opinio communis eſt, vt patet ex auctoribus relatis a P. Barb. qui eandem ſequitur *in l. 1. p. 4. nu. 1. & 2. ff. ſolu. matrim.*

1 Huius opinionis primum argumentum deducitur *ex l. fin. C. de dot. promiſſ.* dum Iuſtinianus agens de patre dotante filiam emancipatam, inquit, *neque enim incognita ſunt leges, quibus eſt conſtitutum officium paternum eſſe dotem filiabus conſtituere.*

2 Secundum argumentum eſt huiuſmodi, obligatio dotandi oritur ex affectione, & cognatione naturali, ergo non eſt diſtinguendū inter filias emancipatas, & filias in poteſtate exiſtentes.

3 Tertiò materia dotium regulariter ſecundum regulas iuris gentium *l. eas obligationes, ff. de capit. dimin.* ergo non eſt diſtinguendum inter emancipatas, & in poteſtate exiſtentes, hanc enim diſtinctionem ius ciuile inuexit.

Poſtremò afferunt tex. *in l. 5. §. final. ff. de iur. dot.* cuius hæc verba ſunt. *Papinianus ait, cum pater curator filiæ ſuæ iuris ſui effectæ, dotem pro ea conſtituiſſet, magis eum, quaſi patrem, quam quaſi curatorem id feciſſe videri.*

4 Contrariam opinionem alij ſequuntur, quos recenſet Pet. Barboſ. *vbi ſuprà*, quibus me ſocium adiungo.

Motus ex eo, quod, vt ſuprà admonui in cap. antecedenti num. 5. nullam aliam legem habemus, quæ cogat patrem dotem conſtituere filiabus, præter conſtitutionem, *de qua in l. qui liberos, ff. de rit. nupt.* & ideò tota hæc res ex ea conſtitutione dependet, quæ cum agat de filiabus in poteſtate exiſtentibus, non eſt trahenda ad caſum noſtrum, in quo loquimur de liberis, qui in poteſtate non ſunt.

5 Et licet Alciatus putauerit *ex l. final. C. de dot. promiſſ.* hanc diſpoſitionem fuiſſe tractam ad filias emancipatas, a priori ſententia non diſcedo: nam vt animaduertit Barboſ. *num. 1.* tex. *in d. l. final.* in hac parte ſe refert ad leges veteres, cum dicat, *neque enim incognitæ ſunt leges* &c. & ideò nihil amplius continet, quam *in d. l. qui liberos*, habeatur, relatum enim eſt in referente eum ſuis qualitatibus.

6 Ex quo intelligimus perperam diſtinxiſſe eundem Barboſ. *inter d. l. qui liberos, & d. l. final.* dicendo *in l. qui liberos*, legem mandare iudici, vt cogat patrem inuenire virum, & dotem dare filiæ, at *in d. l. final.* ſolum cogi patrem dotem ei dare. Nam ſi non eodem modo ſtatuit Iuſtinianus *in d. l. final.* patrem cogi dare dotem, ac M. & Ver. Impp. conſtituerunt, cur ad leges veteres ſe refert, nec explicat, qua in re diſcedat a legibus antiquis?

7 Secundò eadem opinio probatur *ex l. neque mater 14. C. de iur. dot.* dum ait, *matrem non cogi dotem dare filiæ, niſi ex magna cauſa, & cum ſpecialiter id expreſſum fuit.* Si enim non haberetur ratio patriæ poteſtatis, ſed cognationis, cur inter patrem, & matrem diſtingueretur?

8 Tertiò huc pertinet *l. finalis, C. de dot. promiſſ.* dū agens de patre dotante filiam emancipatam, non ſemel, ſed ſex vicibus, vocat liberalitatis nomine hanc dotem, quod non ſine vitio fuiſſet, ſi pater hoc in caſu cogi potuiſſet dotem dare, vt explicaui in capite antecedenti num. 6. & 7.

9 Poſtremò huic opinioni fauet tex. *in l. ſi pater filiæ 45. ff. de iur. dot.* dum ait. *Si pater filiæ nomine dotem promiſiſſet, & eam ante nuptias emancipaſſet, non reſoluitur promiſſio. Nam, & ſi ante nuptias pater moreretur, nihilominus hæredes eius ex promiſſione obligati manebunt.* Ratio dubitandi ex eo oriebatur, quod pater promittens dotem filiæ in poteſtate exiſtente idcircò promiſiſſe videtur, vt officio ſuo ſatisfaciat, ergo eius intentio non videtur, vt obligatio

tio duret, si filia fuerit emancipata, tunc enim non videtur pater obligatus dotem dare, huic rationi vt satisfaciat I.C. non dicit, constitutionem ad filiam emancipatam pertinere, quæ res omnem dubitationem sustulisset, sed aliam rationem proponit, ergo ipse non putabat, ad hunc casum eam pertinere, aliàs omissa ratione præcipua decidendi, aliam minus idoneam in medium attulisset. Nō obstant adducta in contrarium. Nam primum argumentum tollitur ex ijs, quæ scripsi in capit. antecedenti nume. 8. & 9.

10 Ad secundum respondetur, obligationem dotandi nō oriri ex affectione naturali, vt probat tex. *in l. neque mater 14. C. de iur. dot.* sed ex constitutione Mar. & Ver. Impp. *l. qui liberos, ff. de rit. nupt.*

11 Ad tertium respondetur, falsum esse hanc materiam ex regulis iuris gentium determinari, cum ex constitutione inductum fuerit, vt pater cogatur dotem dare filiabus *d. l. qui liberos,* nec contrarium dicit tex. *in d. l. obligationes*, aliud enim sentit ibi I.C. vt exposui supra cap. 7. a num. 11.

12 Ad quartum respondeo, præsumi quidem propter affectionē naturalem patrem eo in casu suo nomine dotem dare, & per consequens non minus patrem censeri diligere emancipatam, quàm in potestate existentem, sed nihil obstat cum ex iure positiuo dependeat id, quod quærimus, non ex affectione naturali.

Frater diues an teneatur dotem dare sorori consanguineæ inopi. Cap. XVI.

1 Concors est, vt mihi videtur, nostrorum sententia, fratrem diuitem teneri dotem dare sorori consanguineæ inopi. vide DD. *in l. 1. ff. solut. matrim.* vbi Ias. *num. 29.* Socin. iun. *num. 199.* Ioann. Bolognet. *num. 128.* Barbos. *part. 4. a num. 124.* Surdum *de aliment. tit. 1. quæst. 25. num. 9.*

Fundamentum constituunt *in l. cum plures 13. §. fin. ff. de administr. tut.* dum ait. *Sed non dabit dotem sorori pupilli alio patre natæ, etiam si aliter ipsa nubere non possit, nam etsi honestè, ex liberalitate tamen fit,* ergo a contrario sensu, si soror ex eodem patre nata fuerit, tutor ei dotem dabit, ergo id fit ex necessitate, non ex liberalitate.

2 Hæc opinio mihi suspecta est, quod vt ostendam suppono id, quod sępius admonui, & est verissimū, quod pater teneatur dare dotem filiæ in potestate existenti introductum fuisse, non ex iure gentium, sed ex constitutione Marci, & Veri Impp. *l. qui liberos, ff. de rit. nupt.* ergo frater habet fundatam intentionem in dispositione iuris gentium, si enim hoc iure pater non cogitur dare dotem filiæ, multò minus cogitur frater dare eam sorori cōsanguineæ.

Itaque qui hoc onus fratri imponūt, debent ostēdere iuris ciuilis constitutionē, quę hoc introduxerit, quod nemo, quod ego viderim, hucusque fecit.

Nam quod pertinet ad text. allegatum, de huiusmodi constitutione ibi nullum verbum fit.

3 Nec dicas nouè id introduci ex eiusmodi lege; quia tunc a te quæram, quis hoc introduxit I.C. ne auctor illius legis, an Iustinianus?

Si a I. C. id introductum fuisse respondebis, meritò notaberis, cum Iurisprudētum munus fuerit iura exponere, non condere, priuati enim homines erant.

Si a Iustiniano id inductum fuisse cōtendes, abs te quæram rursus, a quo nam didiceris, vel audiueris in Pandectis, quæ Prudentum interpretationes continent, Iustinianum ius vetus abrogauisse adeò obscurè, vt argumento a contrario sensu opus sit, cum edictis particularibus constitutionibus iura vetera emendare soleret.

4 Vtque res clarior fiat, alia addam, superflua quidem eruditis, alijs tamen fortasse necessaria, ex tex. allegato, fratrem, de quo agimus, teneri dotem dare sorori inopi deducitur ex sensu contrario, ergo non rectè deducitur.

Primò, quia argumentum a contrario sensu non admittitur, quoties sequeretur correctio iuris, vt explicant DD. *in l. 1. ff. de off. eius,* vbi Ias. *a nu. 47.* Curt. iun. *num. 59. prope finem, & num.* 86. & rectissimè, nam correctio iuris sic fieri debet, vt omnes legem nouam intelligant, vt moribus firmari possit, ergo in casu nostro non erit admittendum, cum ex eo sequatur iuris communis correctio.

5 Secundò argumentum a contrario sensu non admittitur, quoties ex eo absurdum sequeretur, vt explicant DD. *in d. l. 1. ff. de offi. eius, cui mand. est iurisd.* & iure meritò; non debet enim sic lex exponi, vt prauus intellectus sequatur, *l. Saluius, de leg. præstand.*

Ergo non potest ex hoc tex. deduci huiusmodi argumentum, nam cum in tex. nulla fiat mentio, quod pupillus diues sit, deduceretur sic arguendo, fratrem cogi dotem dare sorori consanguineę, etiā si non sint largæ eius facultates, quod absurdum esset, cum scriptum sit, filium non teneri alere matrem inopem, nisi sint largæ eius facultates, *l. 1. §. de seruis, versic. præterea, ff. de tutel. & rat. distrahen.* hinc enim sequeretur arctiori vinculo teneri fratrem dotare sororem, quam teneatur filius alere matrem inopem, quod absurdum est.

6 Postremò argumentum a contrario sensu desumitur, non a verbis narratiuis, sed a defectu causæ finalis, DD. *in l. 1. ff. de off. eius,* vbi Ias. *nu. 38.* & iure meritò, quia verba narratiua non pertinent ad vim legis explicandam, sed sunt accidens ipsius. vide ea, quæ scripsi lib. 2. c. 7. num. 1. & 2.

Itaque non rectè deducitur argumentum a contrario sensu ab illis verbis, *alio patre nata,* quia sunt verba narratiua: ratio enim legis ponitur in illis verbis, *ex liberalitate tamen fit.* At dices, cur ergo I. C. non indistinctè loquitur de sorore, si eius decisio, ad omnes sorores pertinebat? Respondeo eo tempore quicquid acquirebat filius, exceptis castrensibus, parenti acquirebatur, & ideò perrarò accidebat, vt pupillus diues esset, si pater eius inops decesserat: cum ergo de pupillo diuite agebatur, secundum id, quod plerunque accidebat, opes ex patris successione obtinuerat, rectè ergo I. C. sermonem adaptans ad id, quod frequenter accidebat, *iuxta l. nam ad ea, de leg.* de sorore consanguinea mentionem non facit, quia illa ex patris hæreditate dotem habebat.

Pro eadem opinione alij sic arguunt. Frater tenetur alere sororem inopem, ergo etiam tenetur eam dotare; sed non rectè. Istud enim genus argu-

menti non valet, quia longè grauius eſt dotem dare, quam alere.

Et ex his a recepta ſentētia recedendū eſſe exiſtimo, quam tamen ſi ſequaris, ſic intellige, vt procedat eo tantum caſu, quo non poteſt inuenire virum honeſtum; nam ſi virum ſine dote reperire poſset, ceſsat ratio in tex. propoſita, & per conſequens eius diſpoſitio.

Ad l. 1. C. de iure fiſci lib. 10. *Cap. XVII.*

1 MAgna eſt diſſenſio noſtrorum circa intellectum *l. 1. C. de iur. fiſci lib.* 10. vt quilibet intelligere poteſt, ex iis, quæ tradunt interpretes ibi, *& in l. 1. ff. ſol. matr.* vbi Alex. *num. 2. verſ.* 4. Soc. ſen. *num.* 6. Soc. iun. *num. 21. & n num.* 34. P. Barboſ. *p. 2. num. 13. & num.* 18. *verſ. non obſt.* Ioan. Bologn. *num. 15. & 16.* & nouiſſimè late agit de hac re Alex. Turamin. *ad l. non puto, ff. de iure fiſci, par. 1. c. 3. a un.* 8. verba tex. hæc ſunt. *Si prius quam fiſci rationibus pater videtur obligaretur, perfectam prædiorum donationem feciſſe fuerit probatus, quod citra fraudem creditorum geſtum eſt, non reſcinditur.*

2 Dubitatur in primis, qua actione hoc in caſu ageretur, & plerique hypothecaria actum fuiſſe putant, a quibus rectè, vt mihi videtur, diſcedit Cuiac. quia reſciſſio alienationis in fraudem factę non fit per hypothecariam, ſed alia actione, de qua *in §. item ſi in fraudem, Inſt. de act.*

3 Secundò dubitatur, quanam ratione onus probandi pertineat ad filios, cum ſecundum regulas iuris ad fiſcum pertinere videatur per tex. *in l. de rebus 13. C. de donat.* dum ait, *De rebus in ſponſam donationis gratia collatis, creditores mariti, ſi non prius obligatas eas probent, eam conuenire minime poſſunt.*

4 Resque redditur difficilior, ſi Cuiac. intellectū ſequamur, quia is, qui reuocare vult rem in fraudē alienatam, fraudem probare debet, *l. 1. & 2. C. quæ in fraudem cred.*

5 Vt huic difficultati noſtri ſatisfacerent, multa excogitauerunt in locis allegatis, quorum interpretationibus omiſſis, ego rem ſic expedio.

Filij fatebantur, bona, de quibus agebatur, in patris dominio fuiſſe, itaque fiſcus intētionem fundatam habebat, niſi probata fuiſſet alienatio legitimè facta a debitore ipſius, quod enim ſemel in dominio fuit, adhuc adeſſe creditur, niſi alienatio probetur, hoc enim facti eſt: quod cum eſſet fundamentum intentionis filiorum excipientium, ab ipſis probandum erat, *l. in exceptionibus, ff. de probat. in l. ſiue poſtulatis, C. eod. tit.*

6 Itaque non erat ſatis, ipſos donationem allegare, quia donatio facta, poſtquam fiſco res patris obligatæ fuerant, non ſufficiebat; præſumebatur enim in fraudem fiſci facta, nec poterat hypothecæ ei competenti derogare, meritò in tex. dicitur debere filios probare donationem factam fuiſſe, antequam res patris fiſco obligatæ fuiſſent, quia hoc ſolum erat ſufficiens ad excludendum fiſcum, qui ex confeſſione filiorum, plenè intentionem ſuam probauerat.

Neque his refragatur tex. *in d. l. de rebus*, nam mulier probauerat alienationem ante nuptias factam fuiſſe, vt indicant illa verba, *de rebus in ſponſam donationis gratia collatis*, & ſic probauerat titulum acquiſitionis ſuaptè natura idoneum, quem cū creditores infringere vellēt, oportebat intentionē ſuam concludenter probare, *l. ei qui dicit, ff. de prob.* differentia ergo inter hos caſus hæc eſt, quòd in caſu dictæ l. 1. non fuit probatus titulus acquiſitionis ſuaptè natura habilis ad translationem dominij, non enim omnis donatio facta ab adminiſtratione rei fiſcalis fiſcum excludit, ſed ea tantum, quæ facta fuit antequam res adminiſtratoris ei obligarentur, in caſu verò *d. l. in rebus*, probata fuerat donatio ſuaptè natura valida, facta ſcilicet a ſponſo de re propria tempore, quo id ei fieri licet.

7 *Ad l. 1. C. de his, quæ in fraud. cred.* Reſpondeo, ibi non agi de alienatione ex titulo lucratiuo, de qua nos agimus, in qua particulariter cautum fuit, vt reſcinderetur, etiam ſi acquirens non fuerit fraudis particeps, quod eſt ſecus in alienatione, ex titulo oneroſo facta, *l. ait prætor, §. quod ait prætor, l. omnes 17. §. Lucius, ff. de his, quæ in fraud. cred.* Itaque reus conuentus, ſtatim atque oſtendit titulum oneroſum, illicò fundatam intentionem habet, quia dolus, vel fraus non præſumitur, ex quo intelligimus veriſſimam eſſe eorum opinionē, qui dicunt, d. l. 1. non procedere, vbi agitur de titulo oneroſo, quos citat Barboſ. *vbi ſuprà num.* 20. quorum tamen opinio defendi non poteſt, ſi actum hypothecaria fuerit, bona enim fides non ſufficit ad detrahendū iuribus creditoris, ex hypotheca acquiſitis.

8 *Ad l. 2. C. de his, quæ in fraudem cred.* reſpondeo, ibi agi de dote a patre data, quæ non reuocatur, niſi fraudandi animum habuerit, *l. ait prętor, §. ſi cū mulier, l. hac in factum, l. fin. §. 1. ff. quæ in fraud. cred.* quæ fraus cum nō præſumatur, quia pater id fecit, quod alij facere ſolent, meritò maritus intentionē fundatam habet, quod non accidit, cum de donatione agitur, in qua facile eſt fraudē arguere, *l. dum 27. C. de don. l. penul. verſ. facilior, ff. de bonis liber.*

An contra fiſcum in dubio ſit iudicandum ad l. non puto, ff. de iure fiſci. *Cap. XVIII.*

1 MAgna quoque, immò verò maior eſt apud DD. noſtros ambiguitas, quemadmodum intelligi debeat tex. *in l. non puto 10. ff. de iur. fiſci*, cuius verba hæc ſunt. *Non puto delinquere eum, qui in dubijs cauſis contra fiſcum facile reſponderit*, conſule Interpretes *in eius expoſitione, & in l. 1. ff. ſol. mat.* Cou. *lib. 1. var. c.* 10. Pereg. *in tract. de iure fiſci.* Alex. Turaminum Senenſem *in Commentario edito ad explicationem d. l. non puto.*

Ego non exponam aliorum ſententias, cum id ante me alij fecerint diligenter, ſed meam opinionem breuiter proponam.

2 Illud autem in primis animaduertendum puto, nullam fuiſſe latam legem, an in dubio pro fiſco pronunciandum eſſet, cum I. C. prædicta verba ſcripſit, & enim verbum illud *puto*, quo vtitur, non ſolet adhiberi in claris, ſed in ambiguis quæſtionibus. vide tex. *in l. Proculus putat, ff. de vſufr. in l. non ſolum, in fine, ff. de rei vendic. l. fructus 33. eod. tit. & alibi.*

Cumque ſoleant I. C. cum quid in medium afferunt,

ferunt,

ferunt, quod aduersus rationem iuris introductum est ex constitutionibus, mentionem facere constitutionis, facilè erit persuadere eruditis, nullam de hac re editam fuisse constitutionē, cum eius mentio non fiat a I.C.

3 Vt tamen res vndique prospicua sit, qui ait, constitutionem editam fuisse explicet, an in ea contineretur in dubio contra fiscum pronunciandum esse, an pro fisco? si dixerit, illam iussisse vt in quæstionibus dubijs aduersus fiscum pronunciaretur, ab eo quæram, cur ergo I.C. dubitat, an ille, qui auctoritate dictæ constitutionis iudicat contra fiscum, delinquat?

Si dixerit constitutionem iussisse in dubio pro fisco pronunciari, quomodo ij defendi possunt, qui aiunt, I.C. docere, in dubio contra fiscum pronūciandum esse?

4 Cum ergo nulla lata esset constitutio hac de re, manifestè sequitur non licuisse tunc in dubio contra fiscum pronunciare; nam vbicumque constitutio particularis non extat in rebus fisci, iure communi vti oportet, *l. quod placuit, ff. de iur. fisci*, a qua regula licet boni Principes, non semel recedere soleant, quippe qui solent causam priuatorum fisco præferre, non tamen nobis licebit eorum vti exemplo, regula enim nobis data est, quam transgredi non licet, ex quo corruunt argumēta, quibus vtitur Alex. Turam. *ad d. l. non puto, par. 1. c. 2.* vt ostendat in dubio contra fiscum esse iudicandum.

5 Cui sententiæ nō suffragātur, quæ affert Cuiac. vt ostendat in dubio contra fiscum iudicandum esse: nam quo ad tex. *in l. 3. §. 1. de iure fisci*, solutio colligitur *ex eadem l. 3. in princ. ad l. fin. ff. de his, quibus vt indign.* deducitur responsio *ex l. 3. §. tacita, ff. de iur. fisci*, vt exponit ipsemet Cuiac. *lib. 14. resp. Pap. ad d. l. fin. quo ad l. 2. vers. at si viuente, ff. de auro, & arg. leg.* responsionem suppeditat idem Cuiac. *lib. 10 obseru. 17. & tract. 2. ad Affrican. in explicat. d. l. 2.*

6 Iudex ergo, qui tunc pronunciabat facilè contra fiscum excusari non poterat, quin delinqueret. Primò, quia, cum iudicis munus sit, antequam iudicet cuncta diligenter examinare, ipse in sententiam contra fiscum finit se facilè trahi. Secundò, quia iudex non debet habere acceptionem personarum. Tertiò, quia a regula proposita ad obseruandum in causis fiscalibus quoties ius particulare deficit ipse discedit.

7 Igitur etiam hodie non poterit excusari iudex, qui facilè in dubijs causis cōtra fiscum pronunciauerit, nulla enim extat constitutio, quæ iuribus antiquis deroget, neque enim id facere potuit, aut voluit I.C. *in d. l. non puto*, quia homo priuatus erat.

8 Prudēter ergo ipse vsus fuit verbo *responderit*, vt ostenderet se, non de iudice causam decidente agere, sed de Iurisperito de iure respondente, quod ante me admonuit Io. Crot. *in l. 1. num. 18. ff. solut. matr.* cuius sententiam immeritò repudiarunt posteriores, & præcipuè Turam. *loco allegato c. 1. in fine*, appellans eam Iudaicam expositionem.

9 Huiusmodi enim expositio, & verbis I.C. cōuenit, & rectæ rōni nullāque prorsus parit ambiguitatem: etenim, cum res dubia est, procul dubio vtraque opinio probabilis est, ergo non delinquit I.C. qui in ambiguis quæstionibus facilè finit, se in respondendo trahi in sententiam contra fiscum: cognatio enim, quæ est inter homines *l. vt vim, de inst. & iur.* & incommoda, quæ ex fiscalium rerū administratoribus, etiam sub Principibus non malis, non semel patimur, eum excusant, & a delicti suspicione eximunt: quis enim irascatur ei, qui fisco, cuius causam plus æquo, non semel adiuuari videmus, in ambiguis causis respōdēdo nō faueat?

10 Neque huic sententiæ nocent, quæ Turaminus affert, vt ostendat, non licuisse iudicibus a responsis Prudentum recedere per tex. *in §. responsa Prudentum, Inst. de iur. natur.* & ideò non esse differentiam inter responsum I.C. & iudicis sententiam, quia responsio colligitur ex ijs, quæ de intellectu
11 illius tex. scripsi lib. 2. c. 4. Sensus igitur Modestini est, non delinquere I.C. qui in ambiguis quæstionibus facilè contra fiscum respondet: at dicet, res hæc clara erat, & explorata, cur ergo I.C. vtititur verbo illo *puto?* Respondeo, Modestinum floruisse quidem sub Alex. Imp. Principe Optimo, vixisse tamen sub Principibus haud bonis, illis scilicet, qui Alex. antecesserunt, vt ex Dione, ex Lampridio, & Spartiano, facilè intelliget; & ideò ipse nolens irritare, rerum fiscalium administros, qui plerunque diligentius, quam expediat, res fisci tractant, in re periculo plena, prudenter illo verbo vsus fuit, vt rem molliret, & se periculo eximeret.

12 Concludo igitur in dubio, nec pro fisco, nec contra fiscum esse pronunciandum, sed eas regulas esse obseruandas, quas in causis priuatorum sequimur, cum enim nulla extet particularis hac de re constitutio, ad ius commune recurrendum erit, *l. quod placuit 37. ff. de iur. fisci*.

De summarijssimo iudicio retinendæ possessionis, & an sit ei locus cessante timore rixarum. Cap. XIX.

MAgni refert intelligere naturam summarijssimi iudicij possessorij retinendæ possessionis, & nunquid ei locus sit cessante timore scandali, sępius enim de hac re in foro agi solet.

1 Vt autem hæc res innotescat, sciendum est a Prætore inuenta fuisse varia remedia, quibus expediantur causæ, in quibus ambæ partes possidere contendunt, inter quæ primum locum obtinet interdictum vti possidetis, cuius verba habes *in l. 1. ff. vti poss.*

2 Verum, quia sępe accidit, homines suam possessionem armis tueri, quod facere licet *l. 1. C. vnde vi*, iustus timor adest ne partes, quæ possidere contendunt, rixentur, dum quilibet suam tutari contendit possessionem, & ideò vsu exigente excogitatū fuit remedium, quod sine incommodo possessoris scandalis obuiam eat, quod ab interpretibus summarijssimum possessorium retinendæ possessionis appellatur, quia summariè, & omisso ordine iudiciali, qui longum tempus postulat, iudex inquirit, quis melius de possessione sua doceat, eumque absque præiudicio possessionis, si forte pęnes aduersarium adsit, interim in detentione rei conseruat, ac defendit iubens eius aduersario, ne ei molestiam inferat. vide Castr. *in l. ordinarij, num. 2. ff. de rei vind.*

Curt. iun. *conſ.* 207. *nu.* 1. *conſ.* 213. *a num.* 7. Becc. *conſ.* 21. *a num.* 10. Laderch. *conſ.* 95. *a num.* 1. And. Gayl. *lib.* 1. *obſeru.* 7. *a num.* 5. Menoch. *de remed. retinen. poſſ. remed. vlt. a num.* 1. D. Fachin. *lib.* 8. *cap.* 15. & alios, quos afferunt.

3 Huius remedij vſum a iuris noſtri ratione alienum eſſe contendit Sarmient. *lib.* 2. *Select. cap.* 13. cui ſe ſe opponit D. Fachineus *loco ſuprà allegato*, ex eo quod, cum iudicis munus ſit ſcandalorum occaſionem tollere, iuſtè facit, dum hoc iudicio vtitur. vide tex. *in l. æquiſſimum, ff. de vſufr.* quæ reſpõſio vereor ne ſatis ſit. Nam magiſtratus hoc quidẽ cauere debet, ne ciues rixentur, ſed aduerſus iuris rationem efficere non poteſt, vt is contra quem lata eſt ſententia in hoc iudicio, poſſeſſionem, ſi forte poſſeſſor ſit, retineat: nam traditum eſt, eum, qui poſſeſſor eſt, ſi ad rem accedat, & non audeat eam ingredi, illicò poſſeſſionem amittere, *l. clam poſſidere, §. qui ad nundinas, ff. de acq. poſſ.* Ius enim ciuile non patitur, vt is rei poſſeſſor intelligatur, qui rem, quam poſſidet adire, & ad libitum corpore tenere non audet. vide tex. *in l. 3. §. ſi quis, l. quod meo nomine* 18. *§. fin. ff. de acq. poſſ.* cui obiectioni vide, an reſponderi poſſit ex traditis *in deciſ. Rotæ Romanæ* 81. *num.* 1. *par.* 1. *diuerſ.* dum ibi dicitur ſæpius fuiſſe reſolutum, eum, qui adijt iudicem, vt expellat inuaſorem rei ſuæ, non amittere poſſeſſionem, etiam ſi ad rem non accedat.

4 Quidquid ſit, iure, quo vtimur, vtendum eſſe cenſeo, cum timor armorum adeſt, quando verò, hoc ceſſat inutile, & iniquum reor huiuſmodi remedium, licet ſecus videatur. Caſtrenſ. *in l. Aquilius Regulus, in fin. ff. de donat.*

5 Inutile eſt hoc in caſu huiuſmodi remedium, quia non imponit finem controuerſiæ, quæ ſuper poſſeſſione vertitur, hoc enim iudicio expedito, ad iudicium vti poſſidetis deuenitur. vide Menoch. *retinen. poſſeſſ. remed. vlt. num.* 3. & 7. Rot. Rom. *deciſ.* 641. *num.* 8. *par.* 1. Laderch. *conſ.* 95. *num.* 4. *ad finem.* ad quid ergo hoc remedio vtimur, & circuitus inutiles adhibemus? ideò autem finito hoc
6 iudicio incipit iudicium ordinarium vti poſſidetis, quia in hoc iudicio non quæritur, quis poſſideat, ſed quis detineat rem eo tempore, quo contenditur. Caſtrenſ. *in l. Aquilius Regulus, num.* 5. *ff. de donat.* Curt. iun. *conſ.* 207. *nu.* 4. & 5. & *conſ.* 213. *nume.* 8. Couar. *pract. cap.* 17. *nu.* 5. *verſ. ſic ſane.* Menoch. *d. remed. vlt. num.* 18. & 19. Laderch. *d. conſ.* 95. *num.* 4. & 6. Rota Rom. relata in praxi Auditoris Cameræ *lib.* 3. *c.* 13.

Iniuria enim fieret poſſeſſori, ſi detentio aduerſarij eius poſſeſſione potior eſſet.

7 Iniquum eſſet hoc remedium, ſi competeret, vbi ceſſat timor armorum, quia non ſemel accidet, eam, qui detinet quidem rem, ſed non poſſidet, dũ in detentatione ex hoc remedio conſeruatur, cum magno incommodo poſſeſſoris, percipere fructus rei, quos deinde per tres conformes ſententias repetere cogitur. Concludo ergo ſummariſſimum iſtud remedium nullatenus admitti debere, vbi ceſſat timor armorum; quæ opinio, vt mihi videtur, apud interpretes noſtros recepta eſt, qui dum loquuntur de hoc remedio, aiunt ei locum eſſe, cum
8 veretur iudex, ne partes armis contendant. ita loquuntur Curt. iun. Menoch. Andr. Gayl. Becc. Laderch. Fachin. *in locis ſuprà relatis*, & alij, quos ipſi referunt, & præter hos, ſic loquuntur Contard, & alij relati ab eo *ad l. vnic. C. de moment. poſſ. in* 5. *ratione dubitandi, num.* 5. 6. & 7. Menoch. *in præludijs recup. poſſ. num.* 24. *cum ſeqq.*

Et ideò in iudicando ab hac opinione non puto eſſe recedendum, licet in Vrbe altera opinio obſeruetur, id enim non ex iure, ſed de ſtilo Rotæ fit, Seraph. *deciſ.* 299. *num.* 12.

Appellatio in iudicijs poſſeſſorijs, an admittatur ad effectum deuolutiuum ſecundum iuris ciuilis ſanctiones. Cap. XX.

MAgni etiam refert intelligere, an ſecundum ius ciuile appellatio admittatur in iudicijs poſſeſſorijs ad effectum deuolutiuum, quoniam frequentiſſimæ in foro ſunt controuerſiæ de poſſeſſione.

1 Duæ autem ſunt, & contrariæ Doctorum ſententiæ: alij enim negant, quorum eſt magnus numerus, vt intelligere quiſque poteſt ex Rol. a Valle *conſ.* 77. *num.* 9. *lib.* 2. ex Gabr. *conſ.* 35. *in principio, & num.* 1. *lib.* 1. ex Cæſar. Contard. *ad l. vnicam, C. ſi de moment. poſſeſſ. in intellectu legis a num.* 4. ex Honded. *conſ.* 22. *num.* 45. *lib.* 2. ex Fab. Turrett. *conſ.* 2. *num.* 19. & 20. *lib.* 2. ex Peregr. *de fideicommiſſ. art.* 46. *num.* 44. & 45. ex Ioan. Petro Bimio *conſ.* 167. *lib.* 2. ex Io. Baptiſta Coſta *de facti ſcient. cent.* 2. *diſtinct.* 84. *num.* 7.

2 Alij verò appellationẽ admitti aiunt ad prædictum effectum, ita, vt iudex ad quem fuit appellatum, poſſit cognoſcere de iuſtitia ſententiæ latæ, licet eius executionem retardare non poſſit, quæ opinio & ipſa plures habet aſſertores, quos referunt, & ſequuntur Afflict. *deciſ.* 269. Couar. *pract. qq. cap.* 23. *num.* 8. *verſic. ſecunda concl.* Menoch. 9. *remed. recuper. poſſeſſ. num.* 322. & 6. *remed. adipiſcend. poſſeſſ. num.* 828. D. meus Fachin. *lib.* 1. *cap.* 76.

3 Difficultas pendet ex intellectu *l. vnic. C. ſi de moment. poſſeſſ. fuer. appell.* ex qua noſtri putant in his iudicijs appellationem reijci in illis verbis, *Cum de poſſeſſione, & eius momento cauſa dicitur, & ſi appellatio interpoſita fuerit, tamen lata ſententia ſortitur effectum.* Qui dicunt cauſam deuolui per appellationem aiunt effectum ſententiæ eſſe, vt id fiat, quod in ea continetur, & ideò dicunt hunc textum non prohibere deuolutionem cauſæ, ſed ſuſpenſionem executionis, ſtatim enim atque poſſeſſionem obtinet is, in cuius fauorem ſententia lata eſt, ſententia ſuum effectum ſortita dicitur.

4 Qui verò appellari poſſe negant, aiunt, effectum ſententiæ eſſe finem liti imponere, ad hoc enim ſententiæ feruntur; ergo ſententia in poſſeſſorio lata non haberet ſuum effectum, ſi cauſa deuolueretur. cui interpretationi fauent verba, quæ ſtatim ſubſequuntur, *ita tamen reformationem ſententiæ fieri oportet, vt integra omnis proprietatis cauſa ſeruetur.*
5 Si enim cauſa deuolueretur, non eſſet dubium, ſententiam circa poſſeſſionem lata proprietati minimè nocere, quia iudex, ad quem, poſſet eam corrigere.

6 Ego adhæreo illis, qui appellationem admittendam

dam

dam esse aiunt ad effectum deuolutiuum, motus ex *d. l. vnica, C. si de moment. poss. fuerit appell.* in qua *ut est in C. Theodos. in tit. si de moment. fuerit appell.* post illa verba *lata tamen sententia sortiatur effectũ*, statim hæc verba subsequuntur, *atque ita demum ad nostram scientiam referatur*. Si enim causa possessionis ad Principem referri debet, appellatio interposita, vtique deuoluit causam.

7 Et licet prædicta verba compilatores omiserint, quibus id licuit, *l. 2. §. tanta, C. de veter. iur. enucleand.* tamen non muto sententiam, si enim clara esset mens eorum, quod voluerint delendo illa verba efficere, ne appellaretur, darem manus. Verum cum eorum mens obscura sit, non video, cur non liceat ex illis verbis declarare constitutionem.

8 At dices, ad quid ergo compilatores prædicta verba omiserunt? Respondeo, ex illis verbis præferri videbatur facultas appellandi in causis possessorijs ad Principem omisso medio aduersus illud ius, de quo *in l. Imperatores, ff. de appell.* & ideò prudentissimè illa verba deleuerunt, vt omnis occasio tergiuersandi tolleretur.

9 Cui intellectui eo libentius adhæreo, quòd possessionis magnum est commodum, & sępissimè accidit, possessorem, si petitoris officio fungeretur, non habere probationes, quæ satis sint ad probandum dominium, & per consequens magnum semper sententia de possessione lata incommodum affert, immò interdum irreparabile, & ideò non video causam, cur saltem ad effectum deuolutiuum appellatio non sit admittenda, cum scriptum sit appellationem admitti non modo in causis magnis, sed & in paruis, *l. & in maioribus 20. C. de appell.* ex quo tollitur argumentum aliud, quod contra hanc
10 sententiam afferri solet, quod scilicet ius ciuile non admittit appellationem, vbi grauamen allatum potest reparari, *l. 1. §. quæsitum, in fine, ff. de appell.* nam si probationes non habeat sufficientes ad docendũ de dominio is, qui in iudicio possessorio victus fuit, sententia irreparabile damnum affert.

11 Præter quam quod damnum, & incommodum, quod quis sentit, dum petitoris officio fungitur, onus enim ipsius est dominium probare, non leue est, quod vtique per sententiam in petitorio latam non reparatur. Insuper duriorem experietur aduersarium, fructus enim & emolumenta rei habebit, & per consequens damnum, quod sententia in possessorio lata affert, non omninò reparatur per sententiam, quæ de proprietate fertur.

12 His accedit regulam *d. l. 1. §. quæsitum*, non pertinere ad sententias diffinitiuas. vide text. *in l. 5. ff. de appell.*

13 Concludo igitur, sensum, qui appellationi fauet, retinendum esse, cui non refragantur verba tex. dũ ait, *Sic causam possessionis tractandam esse, vt salua sit proprietas*, quia in illis Imp. docet regulam obseruandam in causis possessorijs, vt sic tractentur, ne damnum proprietati inferatur; quod cum pertinere possit ad iudices, qui in secunda, vel tertia instantia de possessione cognoscunt, ex prædictis verbis, inferri non potest aliquid contra nostram sententiam.

Constitutum possessorium an habeat locum in rebus, quas corpore alieno possidemus ad l. quod meo nomine, ff. de acq. possess. *Cap. XXI.*

1 VVlgò receptum est id, quod deciditur *in l. quod meo nomine, ff. de acq. poss.* eũ scilicet, cuius nomine possessor, se rem possidere constituit, rei possessionem acquirere, pertinere etiam ad eas res, quas corpore alieno possidemus. ita docent ibi Bar. *num. 2.* Alexand. *num. 15.* Aret. *col. 2. vers. extra glos.* Soc. *nu. 18.* Alciat. *num. 7.* Ioan. Bolognet. *num. 53.* & alij quos prætereo.

2 Contrariam sententiam secuti fuerunt Iacob. de Aren. & Lud. Rom. *in d. l. quod meo nomine*, quæ, vt mihi videtur, longe verior est.

3 Probatur enim disertè ex text. quo mouebatur Iacob. scilicet ex *l. peregre 44. §. quibus explicitis, ff. de acquir. possess.* vbi Papin. sic inquit.

Quibus explicitis, cum de amittenda possessione quęritur, multum interesse dicam, an per nos ipsos, an per alios possideamus: Nam eius quidem, quod corpore alieno teneremus possessionem amitti, vel animo, vel etiam corpore, si modò eo animo inde degressi fuissemus, ne possideremus: eius verò, quod serui, vel coloni corpore possidetur, non aliter amitti possessionem, quam si alius ingressus fuerit.

4 Vides I. C. asserere eius, quod serui, vel coloni corpore possidemus possessionē, non aliter amitti, quam si alius ingressus fuerit, ergo is, qui constituit, se possidere huiusmodi rem, non desinit eam possidere, ergo ei non acquiritur, cuius nomine id fit: quod enim ego possideo alius possidere non potest, *l. 3. §. ex contrario, ff. de acq. possess.*

5 Huic argumento respondet Bart. tex. hunc agere de coacta possessionis amissione, quæ fuit opinio gloss. *in l. 1. §. penult. litt. M. ff. de vi, & vi arm.*

6 Non rectè. I.C. enim generaliter quærit, quomodo possessio amittatur, & duos constituit casus. Primus est, cum animo, & corpore proprio possidemus. Secundus cum corpore alieno: & postquam explicauit primum casum, accedens ad secundum ait, *eius verò, quod serui, vel coloni corpore possidetur, nõ aliter amitti possessionem, quã si alius ingressus fuerit.*

Hæc verba vi sua omnem amittendæ possessionis modum complecti nõ est dubitandum, propter illud aduerbium *non aliter*, & ideò non possumus dicere, I.C. de eo casu tractare noluisse, quo sponte quis amittit possessionem, maximè, quia ipse rem tractat ex professò, & vult explicare differentiam, quæ est in proposito, inter possessionem, quam corpore proprio, & eam, quam corpore alieno retinemus: cum enim ipse agens de amissione eius possessionis, quam per nosmetipsos retinemus, etiam eum casum comprehendisset, quo spontè amittitur, vt eius verba ostendunt vtique defectiuus fuisset, si eum omisisset, cum agit de possessione, quæ per alium retinetur, non enim aliter differentia, quę inter eas est, perfectè intelligi potest.

7 Secundò respondet Ioan. Bolognet. *num. 54.* in casu nostro reperiri ingressum huiusmodi: nam constituens se nomine alterius possidere, illico amittit possessionem, & incipit corpore suo, alterius nomine possidere, ita vt in illo instanti, ille, ad cuius fauo

rem constitutum factum fuit, opera constituentis possessionem ingredi dicatur: coloni etiam eius nomine possident sub consideratione personæ constituentis, cuius possessionem conseruant.

8 Nihil valet hæc responsio, nam ingressus huiusmodi est commentitius, & impossibilis, eius enim mentionem alicubi factam non reperimus, nec fieri potest, vt qui absens est a re, quique eam non ingreditur per constitutum eam ingredi dicatur.

9 Secundò nostra opinio probatur *in l. 1. §. penul. ff. de vi, & vi armat.* dum ait. *Si quis vi me deiecerit, meos autem non deiecerit, non posse me hoc interdicto experiri, quia per eos retineo possessionem, qui vi deiecti non sunt.*

Ea hoc intelligis differentiam, quæ est in amittenda possessione, quam corpore alieno, & eam, quam per nosmetipsos retinemus; hoc enim in casu non solum ad eam amittendam sufficit, quod nos eiecti fuerimus, sed satis est, quod suspicemur posse repelli, *l. 3. §. si quis nunciet, l. si quis id, quod 25. §. fin. ff. de acq. possess. l. 1. §. siue, ff. de vi, & vi arm.* ergo possessio, quam per alios retinemus, ex animo nostro non dependet. Consequentiam hanc facit I. C. *in l. quamuis 46. ff. de acq. possess.* ergo per constitutum transferri non potest, hoc enim solo animo perficitur *d. l. quod meo nomine.*

10 Huic argumento respondent Bart. Alex. & alij differre istos casus, quod scilicet per vim possessio amittatur, & quòd constituat quis se alterius nomine possidere, primo enim casu agitur de extinguēda possessione, i secūdo agitur de ea trāsferēda.

11 Non tollit difficultatem; nam, vt per constitutum transferratur possessio, oportet, vt ea tinguatur possessio constituentis: audi I. C. *in d. l. quod meo nomine. Nec muto mihi causam possessionis, sed desino possidere, & alium possessorem ministerio meo facio:* & iure meritò non enim alius posset eius rei possessor fieri, *l. 3. §. ex contrario, ff. de acq. poss.*

12 Secundò respondet Franciscus Aretin. iure singulari receptum esse, vt possessor, per vim sibi illatam, non desinat possidere, nisi etiam illi, quorum corpore possidet, eiecti fuerint: ergo hæc res non est trahenda ad casum nostrum, quia quod in fauorem, &c. & quia facultas naturalis de rebus suis disponendi restringeretur.

13 Non tollit difficultatem; nam non probat Aret. dispositionem huius tex. iure singulari niti, nec probari potest, cum res sit iuris principijs conueniens; traditum est enim, possessionem, quæ ex possessoris animo tantum pendet, statim amitti, ac animum possidendi deposuerit, eam verò, quæ corpore alieno retinetur, ea animo possessoris non dependere, sed ex eorum corpore, qui illam retinent, ita vt etiā ignorans hac possit priuari, si illi deiecti fuerint. vide tex. *in l. quamuis 46. in l. peregre, §. quibus explicitis, in fine, ff. de acq. possess.*

14 Tertiò loco respondet Bolognet. *in d. l. quod meo nomine, num. 54.* diuersum esse casum, cum quis spōtè amittit possessionem ab eo, quo eam coactè perdit: quando enim quis eijcitur è possessione, nisi alius ingrediatur, possessio colonis de nouo acquiritur, quod non accidit, cum quis constituit nomine alterius, se possidere, quia id impedit animus domini volentis in alium possessionem transferre.

15 In multis peccat hoc in loco Bologne. & vt alia omittam, non est verum, amissam fuisse possessionem, eam enim retinuerunt coloni, qui non fuerūt eiecti; sic enim inquit I. C. *quia per eos retineo possessionem, qui eiecti non fuerunt.* Sicut ergo cum quis per vim ingreditur, possessio conseruatur per eos colonos, qui eiecti non fuerunt, ita etiam retinebitur per colonos, quoties possessor absens, animo vult possessionem in alium transferre, hi enim casus æquiparantur, *l. 3. §. in amittenda, & §. si quis nunciet, l. si id, quod 25. §. fin. ff. de acq. poss.*

16 Hæc pro nostra opinione attulisse sit satis. Contrariæ partis argumenta aggrediamur, quæ non sunt læuia. Primum autem consistit in generalitate, *l. quod meo nomine, de acq. poss.* Si enim non omnis possessio transferri posset per constitutionem, cur I. C. sine distinctione loqueretur?

17 Respondeo I. C. loqui de ea possessione, quæ ita ea animo possessoris dependet, vt de ea ad libitum disponere possit: sic enim ait, *Nec enim muto causam possessionis, sed desino possidere, & alium possessorem ministerio meo facio*, propterea cum constet, non omnem possessionē ea animo possessoris pendere, *l. quamuis, l. peregre, §. quibus explicitis, prope finem, ff. de acq. poss.* vt aduersarij ex hoc tex. arguere possint, oportet, vt prius ostendāt, possessionem, quam corpore alieno retinemus, ex animo nostro penitus pendere.

18 Secundò affertur tex. *in l. qui vniuersus, §. fin. ff. de acq. poss.* dum asserit, eum, qui rem commodauit, possessionem retinere, etiam si commodatarius, alteri, eū dominū esse putanti, eam commodauerit, sicut enim possessio cōseruatur domino, ab eo, qui illum possidere ignorat, ita in casu nostro per colonos etiam ignorantes acquiri videtur ei, ad cuius fauorem factum fuit constitutum.

19 Respondetur, eo loci agi de conseruanda possessione, vt animaduertit Cuman. Nos autem de acquirenda agimus, cumq́ue facilius possessio cōseruetur, quam acquiratur, *l. si is, qui 27. ff. de acq. possess. iuncta l. 1. §. 1. eod. tit.* argumentum non concludit.

20 Tertiò pro hac sententia affertur tex. *in l. quædam mulier 76. ff. de rei vindicat.* cuius verba hæc sunt, *mulier fundum ita, non marito donauit per epistolam, & eundem fundum ab eo conduxit: posse defendi, in rem competere actionem; quasi per ipsam acquisierit possessionem, veluti per colonam.* hoc in casu possessio solo animo transfertur, etiam si agatur de possessione fundi, quem, vt communiter accidit, corpore alieno mulier possidebat, ergo etiam in casu nostro solo animo transferri poterit.

21 Respondeo, quando quæritur, an possessor conducens ab aliquo rem, quam possidet eius possessionem transferrat in eum, hanc rem pendere ex animo conducentis, vt declarat I. C. *in l. si aliquam 28. ff. de acq. poss.* & ideò dum *in d. l. cum quædam*, & alibi habetur, per conductionem transferri possessionē, intelligendum est suppositis terminis habilibus, hoc est, quod agatur de possessione, quæ ex animo possessoris dependet. Itaque tex. huiusmodi non possunt intelligi de ea possessione; quæ per corpus alienum retinetur, nisi prius probatum fuerit, eam ex animo possidentis pendere, & ideò, qđ

dicitur,

dicitur, plerunque fundi possessionem nos corpore alieno retinere, non nocet, interdum enim secus est quo in casu loqui I. C. negari non potest, nisi prius probetur, huiusmodi possessionem ea animo possessoris dependere.

22 Vltimò affertur tex. *in l. quisquis, C. de donat.* dũ in ea dicitur, eum, qui donat, vel in dotem dat, vel vendit, si sibi reseruauerit vsufructum, transferre possessionẽ, cum enim non distinguat inter res, quæ corpore alieno possidentur, & eas, quas per nosmet ipsos possidemus, de omnibus intelligi debet: ergo idẽ erit in constituto, de quo loquimur, DD. enim non constituunt differentiam, inter hos modos trãsferendæ possessionis.

23 Respondeo, tex. agere de translatione possessionis, quæ fit solo animo, & ideò supponit terminos habiles, quod scilicet possessio eius, qui sibi reseruat vsufructum, sit eiusmodi, vt possit solo animo transferri, ergo nõ rectè vtuntur aduersarij hoc argumento, cum hucusque non probauerint possessionem, de qua agimus, ex animo possessoris pendere.

Legatum factum vxori, an restringatur ad alimenta ex consuetudine Bulgari, quando dixit, lego vsufructum omnium bonorum vxori meæ. *Cap. XXII.*

1 Accidit sæpissimè, homines in suis testamentis disponere his verbis: *Relinquo vxorem meam dominam, massariam, & vsufructuariam omnium bonorum meorum.* Cumque olim dubitaretur, quẽadmodum intelligeretur hæc dispositio, Bulgarus Iudex in ciuitate Bononiæ hanc excogitauit interpretationem, vt mulier alimenta cõsequeretur in ædibus viri, eamque auctoritatem retineret, quam eo viuente habebat; quæ interpretatio per totam Italiam deinde consuetudine recepta fuit, quam a nomine auctoris, Bulgari consuetudinem appellant. vide gloss. & DD. *in Auth. hoc locum, C. si secund. nupser.* Iacob. Menoch. *lib. 4. præsumpt.* 149. Card. Mantic. *lib. 9. tit. 7.* Surd. *de aliment. tit. 2. q.* 15.

2 Hinc oritur dubitatio, an huic interpretationi locus sit, quando testator dixit, *Relinquo, vel lego omnium meorum rerum vsufructum vxori meæ.* & multi grauissimi viri, idem esse voluerunt, eos autem referunt, & sequuntur Card. Mantic. *d. lib. 9. tit. 7. num.* 2. Surd. *de aliem. d. tit.* 2. *q.* 15. *a num.* 4. accedunt Bart. cons. 171. *num.* 1. Bero. *cons.* 135. *num.* 5. *vers. nec videtur, lib.* 2. Ioseph. de Rustic. *in tract. de filijs in cond. posit. lib.* 1. *c.* 2. *p.* 1. *num.* 41.

3 Fundamẽtum huius sententiæ in eo consistit, qđ ea voluntatis coniectura, ex qua dependet consuetudo Bulg. hoc casu sibi locũ vendicat, sicut enim tunc non est verisimile, patrem voluisse filios omni priuare vsufructu, ita nec in casu nostro id credibile est, ita arguit Card. Mantic.

4 Immò dicebat Surd. *num.* 6. *&* 7. maiorem esse in casu nostro voluntatis coniecturam, in spetie enim, in qua fuit introducta prædicta consuetudo adsunt verba illa geminata, *reliquit dominam, massariam, vsufructuariam,* quæ multo magis ostendunt voluntatem mariti ad fauorem vxoris, quam verba illa simplicia *relinquo vsufructum.*

Contrarium tenuit Odofred. *in Auth. hoc locum, col. penul. prope finem, C. si secund. nupser. & ibi eundem sequitur* Bart. *num.* 8. Salicet. *num.* 3. *in fine,* idẽ tenet Specul. *in tit. qui filij sint legitimi, §. in hoc, nu. 34. vers. eis vero extantibus.* Gozad. *cons.* 47. *num.* 4. Ruin. *cons.* 39. *num.* 1. *lib.* 1. Bero. *cons.* 34. *num.* 13. *lib.* 2. & alij, quos allegant Surd. & Mantic.

5 Huic postremę opinioni adhęreo, motus, ꝙ cum de consuetudinis interpretatione agitur ad vsũ populi recurrendum est: eatenus enim habet locum, quatenus populo placuit. vide Rol. a Vall. *cons.* 94. *num.* 19. *lib.* 2. *cons.* 69. *num.* 31. *lib.* 3. Surd. *decis.* 131. *a num.* 8. *& cons.* 393. *a num.* 20. *& d. q.* 15. *nu.* 86. & est res planè explorata.

6 Itaque concludendum est hoc casu locum non habere prædictam consuetudinem, cum in ciuitate Bononiæ, in qua fuit introducta gloss. *in d. Auth. hoc locum, C. si secund. nups.* Bart. *in l. Titia cum nuberet, §. Titia, nu. 3. ff. de leg. 2. & alij num.* 1. *allegati,* fuerit non semel iudicatum habito Iurisperitorum consilio, quod hæc consuetudo in his terminis non procedat, fuerit inquam iudicatum illis temporibus, quo recens erat, vt testatur Odofred. antiquissimus iuris interpres Bononiensis, qui non multo tempore post Bulgarum vixit, cũ fuerit discipulus Azon. vt ipsemet testatur *in fin. tit. C. de sentent. pass. & restit. in d. Auth. hoc locum, col. pen. prope finem,* cuius verba apponam, non oẽs enim eius opera habent.

7 *Sed in quæstione ista* (sunt verba eius) *dicendum est sic, quia nos fecimus vim in verbis, & in hoc, quia aut maritus dicit, lego vxori meæ vsufructum omnium bonorum meorum, donec vixerit, aut reliquit eam dominam, & vsufructuariam. In primo casu cum maritus reliquit vsufructum omnium bonorum suorum, si habet liberos, & eos instituit hæredes, tunc vxor habet vsufructum omnium bonorũ, præterquam in quarta debita iure natura liberis. In secundo casu cum maritus reliquit vxorem suam dominam, & vsufructuariam, & ipsa sicut habebat nomen dominæ viuente marito, ita habeat eo mortuo, & tunc habebit vsufructum, quatenus est sibi necessarius pro victu suo, considerata qualitate personæ, & quantitate patrimonij, vnum verba testatoris,* &c. *vt ff. de testam. l. & si hæredes, §. sed si notam. Vnde sicut maritus volebat hoc vxorem habere eo viuo, ita eo mortuo vult, quod habens hoc, & ita interpretatum est ex consuetudine in ciuitate ista, & ita pronunciatum est sæpe habito peritorum consilio.*

8 Ad argumentum partis aduersæ respondeo, coniecturam voluntatis paternæ deduci ea illis verbis, *relinquo eã dominã, massariam, & vsufructuariam,* vt tradunt Salicet. *in d. Auth. sed hoc locum, nu.* 3. *vers. nam cum maritus.* Ruin. *lib.* 2. *cons.* 50. *num.* 8. *versic. sicut.* Curt. iun. *cons.* 6. *nu.* 18. *vers. quin, & cons.* 308. *num.* 3. *vbi de com.* Bero. *cons.* 34. *num.* 13. *versic. & verba, lib.* 2. Et ideò huiusmodi consuetudo in vo-
9 luntate fundata extendi non potest ad hunc casum, in quo nullum planè iudicium voluntatis paternæ ex verbis eius deregitur, vbi enim in verbis non est ambiguitas, ibi voluntatis quæstio moueri non potest, *l. ille, aut ille, de leg.* 3.

10 Quod si instes, non esse verisimile, patrem voluisse priuare filios vsufructu omnium bonorum, eumque in matrem transferre, & per consequẽs satis de mente eius constare. Respondebo, sæpius expedire iuuenili petulantiæ compedes inijcere, &

ideò

ideò prudenter fecisse testatorem, qui matri vsufructum legauit, hac enim ratione facilius filios in officio continebit.

11 Præterea, & hoc omnem, vt mihi videtur, tollit dubitationem, non potest negari, difficilius de mẽte testatoris apparere in spetie nostra, quàm accidat eo in casu, quo testator reliquit eam dominam, &c. ergo consuetudo in illo casu introducta ad hunc nostrum trahi non poterit. Receptum est enim, leges etiam fauorabiles non extendi ad casum, in quo non viget eadem prorsus ratio. vide Rol. a Vall. *cons.32.a nu.55.lib.2.* Honded. *cons.1.num.26.& 27.lib.1.* Gabr. *cons.14.num.14.lib.1. cons.81.nu.61.lib.2.* Surd. *de alim.tit.2.d.quæst.15.*
12 *num.15.in fine, vers.præcipue, & nu.16.* Longè enim facilius id admittendum erit in hac consuetudine, quæ aduersus iuris regulas legatum, vsufructũ continentem, ad alimenta restringit in magnum vxoris præiudicium, iuxta ea, quæ docent Alexand. *cons.57.num.2.vers. cum sit, lib.3.& cons.214.nu.13. lib.6.* Ruin. *lib.2.cons.3.nu.21.cons.50.nu.7.in fi.& cons.157. nu.7.* Bero. *cons.35.nu.6.lib.1.* Rol. *cons.74.num.12.lib.2.* D. Fachin. *lib.5.cap.47.* Goza-
13 din. *cons.80.num.2.* Traditum est enim, leges, quæ tertio præiudiciales sunt strictissimè accipi debere, & nullo pacto extendi de casu ad casum. vide Alexand. *in l.final.§. in computatione, num.10. vers. potest responderi, C.de iure delib.* vbi Ias. *nu.12.* Surd. *decis.36. num.20.* Rot. Rom. *decis.432. num.12. par.1.diuers.* Honded. *cons.15. num.44. lib.2.*

14 Ex quibus sublatum est argumentum, quod tolli non posse dicebat Surd. nam geminatio illa verborum obscuram reddit voluntatem testatoris, vt explicant auctores relati num.8. ex qua obscuritate factus fuit locus quæstioni, quid senserit testator, quam in casu nostro admitti verborum perspicui-
15 tas non finit, *iuxta l.ille, aut ille, de leg.3.* ex qua sermonis claritate etiam facile intelligere possumus, noluisse testatorem cum hac consuetudine se conformare, quia non est verisimile eum vsum fuisse verbis, quę eius intentionem non possunt vi sua explicare, immò contrariam voluntatem testatoris ostendunt, quod noluerit se conformare cum hac consuetudine; sic in simili dicimus testatorem, qui verbis vtitur, quæ non admittunt secundum suam significationem, ius illud, quod lex municipalis inducit, non censeri, se cum eo conformare, licet regulariter secus sit. vide Card. Mantic. *lib.6. tit.7. num.10. & 11.* & ita sentio, ad mulierem pertinere integrum vsufructum, & sic iudicandum esse existimo.

An consuetudo prædicta habeat locum in filijs adoptiuis, & quando mater data fuit cohæres filijs. Cap. XXIII.

1 PRędictam Bulgari consuetudinem ad fauorem filiorum legitimorum quos pater hæredes instituit, habere locum voluerunt Ant. Gabr. *tit. de vsufruct. conclus. 2. num.23.* Surd. alios referens *de alim.tit.2.quæst.15.num.36.* Peregr. *de fideicom.art.22.num.91. vers.& in eis.*

2 Huius sententiæ fundamentum duplex reperio. Primum est hoc præsumpta voluntas, quæ fuit in causa, vt hæc consuetudo introduceretur in filijs adoptiuis militat, neque enim, vt dicebat Surd. *num.40.* credendũ est, quod testator, sic disponendo, eos eludere voluerit, quos ad successionem vocauit, & inter tot ciues dignos existimauit, quos in filios eligeret.

3 Secundò mouentur, quia adoptiui gaudent priuilegijs datis filijs susceptis ex vxore, *iuxta l.4.C.de decur.lib.10.l.si parens, C.de suis, & leg.l.penult.C.de adopt.* cum alijs allegatis a Surdo.

4 De veritate huius sententiæ ambigo vehementer, non enim eandem hic reperio mentis testatoris coniecturam, quæ in filijs, ex vxore procreatis adest: hos enim longè magis, quam adoptiuos diligimus, igitur aduersus iuris regulas in præiudicium vxoris hanc consuetudinem trahere non debemus, secundum ea, quæ exposui c.anteced. a num.11.

5 Secundò ista consuetudo est iuris correctoria, & tertio præiudicialis, vt probaui in cap.antecedenti num.12. ergo cum loquatur de filijs veris, non erit trahenda ad filios adoptiuos, qui imaginarij filij sunt, quia huiusmodi leges strictissimam accipiunt interpretationem Alexand. post alios *in l. final.§.in computatione, num.10.vers.potest responderi, C.de iur. delib.* & ibi Ias. *num.12.* qua ratione factum est, vt in statutis filiorum appellatione non veniant adoptiui, vt exponit Tiber. Decian. *consil.126. num.3. libr.3.*

6 Et ex his primum argumentum sublatum est, neque enim, hic eadem, & ita fortis est mentis coniectura, vt est in casu, in quo fuit introducta consuetudo, ergo non est locus extensioni. Alexand. *in l.1. num.1. vers.& maior, C. de success. edict.* & quod dicitur filios adoptiuos fame perituros esse, nihil est, nam ratio particularis est, neque enim id semper verum erit, & huic incommodo occurrit Iustinian. *in l.fin.C.de adopt.in §.sed hodie, Inst.eod.tit.in §. prohibemus, Auth.de trient.& semiss.* Secundum etiam tollere haud difficile est, cum immò in plerisque magna sit differentia inter eos. vide Tiber. Decian. *d. cons.126.* Cardinal. Mantic. *lib.10. de coniecturis tit.8. num.20.* Peregr. *de fideicom. art.22. num.93.* ita vt non possit de vno ad alium argui, nisi ex vi rationis, quæ cum dispar adsit in casu nostro, non poterit esse locus huiusmodi argumento.

Concludo ergo consuetudini Bulgari locum nõ esse, quoties institutis filijs legitimis, reliquit vxorem dominam, & vsufructuariam.

7 Videamus modò, an ei locus sit, quoties filijs legitimis, & naturalibus vxor data fuit cohæres; in quibus terminis eidem consuetudini locum esse, docent Cardin. Mantic. *de coniect. lib.9. tit.7. num.8.* Surd. *de alimen.tit.2.d.q.15.nu.82.*

8 Mouentur ex identitate rationis, quæ in vtroque casu viget, vtroque enim casu possumus dicere, non esse verisimile, testatorem vxori relinquendo vniuersæ hæreditatis vsufructum, voluisse filios fame perire, sic Surd. *vbi suprà, num.83. in fine.* ergo in vtroque casu idem obseruandum erit.

9 Hæc opinio, non est tenenda, quia euidenter cõuincitur. Nam quando testator cohæredem dedit vxorem filijs, eamque voluit esse dominam, & vsufructuariam, vtique eam magis dilexit, quam filios, & noluit eam ex sua hæreditate sola alimenta

conse-

consequi, aliàs eam non instituisset, ergo difficilius est in hoc casu mentem testatoris ostendere; ergo consuetudo Bulgari ad hunc casum trahi non potest, iuxta ea, quæ in c. anteced. explicaui a nu. 11.

10 Ad argumentum ex aduersò adductum respondeo, huic incommodo occurri ex constitutione Iustin. *in §. prohibemur, Auth. de trient. & semiss.* & si non sufficit legitima, mater supplebit, *l. si quis a liberis, ff. de lib. agnosc.* & explicat ipsemet Surd. *eod. tract. tit. 1. q. 14. a num. 9.*

De eadem consuetudine, an habeat locum, quando maritus inter viuos constituit vxorem dominam, & vsufructuariam; & quando institutis extraneis hæredibus, vxori, quam reliquerat dominam, &c. dedit facultatem habitandi ædes suas. Cap. XXIIII.

1 SI maritus inter viuos constituit vxorem post mortem suam omnium suorum bonorum dominam, & vsufructuariam, dubitare potest, an cõsuetudo Bulgari habeat locum, & eam habere locũ voluit Ioan. Pet. Surd. *in tract. de alim. tit. 2. q. 15. nu.* 220. motus hoc fundamento: valet argumentũ ab vltimis voluntatibus ad contractus, quoties eadem viget ratio, *l. fin.* vbi DD. *C. de leg.* ergo in proposito licebit Bulgari consuetudinem, licet in vltimis voluntatibus fuerit introducta trahere ad casum nostrum, cum idem fauor filiorum concurrat, & eadem mentis coniectura, scilicet non esse verisimile, testatorem voluisse filios fame perire.

2 His nil mouentibus, cõtrarium verius est, quia, cum per donationem inter viuos (in his enim terminis hæc quæstio disputatur) constituit maritus vxorem bonorum suorum, cum mortuus fuerit, dominam, & vsufructuariam, & iuramento conuentionem cõfirmat, alias donatio non valeret (loquor secundum communes traditiones) vtique magis se diligere vxorem ostendit, quam faciãt illi, qui per vltimas voluntates id faciunt, illi enim sibi reseruant facultatem dispositionem suam reuocandi, hic verò nequaquam; ergo longè difficilius hoc in casu elicitur coniectura, quod voluerit sola alimenta relinquere, ergo consuetudo ad hunc casum trahi non potest. vide suprà c. 22. a nu. 11.

3 Secundò traditum est, in testamentis, quidem latam interpretationem fieri, sed in donationibus latiorem, *c. cũ dilecti, de donat.* Bero. *cons. 65. nu. 24. in* 1. Rot. *decis. 366. num. 40. par. 1. diuers.* traditum quoque est in contractibus verba contra eum explicanda esse, cuius intererat legem apertius dicere, *l. veteribus, ff. de pact. l. quidquid astringendæ, ff. de verb. oblig.* ergo non licebit consuetudinem prædictam de vltimus voluntatibus agentem ad casum nostrum trahere, quia ex dictis patet, longè difficilius verba restringi aduersus suam vim, in his conuentionibus, quam fiat in vltimis voluntatibus: clari enim iuris est, extensionem non admitti ad casum, in quo eadem prorsus ratio non viget. Alex. *in l. 1. num. 1. vers. & maior, C. de success. adict.* cum relatis per Rolan. a Vall. *cons. 32. num. 55. in 2.* per Honded. *cons. 1. num. 26. & 27. lib. 1.*

4 Ad fundamentum Surdi facilis est responsio, in aliquibus admitti argumentum ab vltimis voluntatibus ad contractus, sed in illis, quæ ex interpretatione verborum pendent, nequaquam id procedere, cum in hoc expresse a iure constituatur differentiæ inter contractus, & vltimas voluntates. vide tex. *in c. cum dilecti, de donat.* vbi DD. gloss. *in l. alienationis, litt. B. ibi in vltimis, ff. de verb. sign.* Alex. *cons. 61. num. 1. vers. & quia, lib. 1.* Rol. a Vall. *cons. 93. a num. 18. lib. 2. & cons. 58. nu. 22. lib. 3.* Ias. *in l. veteribus, num. 3. ff. de pact.* Laderch. *cons. 9. nu. 5. in fine, & num. 6. & 7.*

5 Videamus modò, an ad fauorem hæredum extraneorum, hæc consuetudo habeat locum, si testator vxori, quam reliquit in testamento dominam, & vsufructuariam, dederit facultatem, vt in eius ædibus habitare posset.

Pro intelligentia, sciendum est, hanc consuetudinem ad fauorem filiorum introductam, ex coniectura voluntatis testatoris, ad alios hæredes pertinere sm̃ receptas nostrorũ traditiones, vide Surd. *de alim. tit. 2. d. q. 15. num.* 84. tota ergo difficultas pendet, an ex eo, quod testator dederit facultatẽ vxori in eius ædibus habitandi, sufficiens coniectura eliciatur, eum voluisse prædictam consuetudinem in suo testamento locum habere.

6 Et hoc sufficere respondit Ruin. *cons. 35. a num. 4. lib. 2. & cum eo* Surd. *vbi suprà num.* 84. moti ex eo, quod cum vsufructuarius possit ædes, quarum vsufructum habet, iure suo habitare, superuacanea esset adiectio illa testatoris, *vt vxor possit in domo eius habitare*, hoc autem ne contingat, verba præter suum significatum explicantur, & ad alium trahuntur, ita vt propter hoc vsufructus appellatione interdum veniat proprietas, *l. Proculus, ff. de vsu fru.* ergo satis erit ad nobis persuadendum, testatorem, se conformare voluisse cum consuetudine Bulgari, cõcurrẽte maximè generali præsumptione, quod creditur testator minus grauare hæredem quam sit possibile, *l. nummis, de leg. 3. cum similibus.*

7 In contrariam sententiam ego transeo, motus, quia non aliter a significatione verborum est recedendum, quàm si euidens sit voluntas testatoris, *l. non aliter, de leg. 3.* ergo cũ in casu nostro ex significatione verborum debeatur integer vsufructus secundum communem opinionem, cuius auctores retuli, & secutus sum c. 22. num. 12. non licebit nobis ab hoc significatu recedere, cum coniectura ex aduersò allegata parum vrgeat.

8 Argumentum enim a superfluitate deductum in vltimis voluntatibus apud peritos parum vrget, nam sciunt, notarios in conscribendis testamentis plurima imperitè repetere, & exprimere dum perspicuitatem quærunt. vide Card. Mantic. *de cõiect. lib. 3. tit. 6. num.* 8. Peregr. *de fideicom. artic. 14. num. 21. in fin.* Surd. *cons. 325. num. 14. ante vers. non etiã.*

9 Præterquam, quod superflua non intelligitur clausula exprimens id quod tacitè inest Card. Mantic. *vbi suprà num. 5.* Surd. *cons. 315. nu. 32. & 325. num. 14. lib. 3.* Cæsar. Barz. *decis. Bononien. 4. num.* 43. post alios, quos ipsi afferunt.

10 Nec repugnat *l. Proculus, ff. de vsufr.* quia cũ testator vellet imponi a legatario seruitutem ad fauorem hæredis, in necessariam antecedentiam noluit ei dominium illius rei relinquere, *l. vti frui, ff. quem vsufr. per.* & per consequens, cum nemini dominiũ reliquisset, præsumitur ei legauisse cui vsufructum

fructum legauit, vt bene ibi explicat gloſſ. & poſt eam Ioan. Garſia *in tract. de expenſis, c. 10. a num. 11.* vbi aduerſus Arium Pinellum hunc intellectum re ctiſſimè defendit.

Pupillaris ſubſtitutio, qua de cauſa fuerit inuenta, & an iu dubio pro ea ſit pronunciandum.
Cap. XXV.

1 DE ſubſtitutione pupillari multa ſum, Deo dante, dicturus, libuit tamen primò explicare cauſam, cur fuit a P.R. introducta, id enim multum refert ſcire. Videntur autem noſtri eſſe huius opinionis, ideò fuiſſe hunc vſum a Romanis receptum, quia magis expedit habere hæredem ex teſtamento, quam ab inteſtato, cum ſit honorabilius, *l. & quia, ff. de interrogator. act. & Inſt. de milit. teſtamento, in princ.* ita docuerunt Caſtr. *in l. ſi pupil-*
2 *lus, num. 1. verſ. impugnat enim,* vbi Aret. *in 1. not.* Caſtr. *in l. 2. num. 5. ff. de vulg. ſubſt.* Coraſ. *in l. ſi teſtō, num. 3. C. de impub. & alijs ſubſt.* Curt. iun. *in rub. eiuſdem tit. num. 23.* Leonius *de pupillar. ſubſt. nume. 34.* Vaſq. *de ſucceſſ. progreſſ. §. 13. nume. 4.* Trentacinq. *de ſubſt. par. 1. cap. 3. num. 1.* Cuiac. *in rub. C. de impub. & alijs ſubſt. colum. 3. verſ. & eſt, quod habeat.*
3 Cui opinioni aſſentiri non poſſum, quia, cum hæc conſuetudo venientibus ab inteſtato damnoſa ſit, nec periculo vacaret, *§. ſin autem, Inſt. de pupill. ſubſtit.* non eſt credendum eam fuiſſe vſu receptam, niſi vrgenti aliqua ratione, & planè efficaci niteretur euiuſmodi non eſt ratio prædicta, cum enim hæres ſemper repreſentet defunctum, parum refert eum ex teſtamento, vel ab inteſtato habere.
4 Nec contrariam dicunt loci allegati, nam tex. *in l. & quia,* cum dicit expedire nobis habere ſucceſſorem, non diſtinguit inter eum, qui ex teſtamento ſuccedit, & illum, qui ab inteſtato venit, Iuſtinianus autem ait quidem expedire, & rem honorabilem eſſe faciendi teſtamenti poteſtatem habere, ſed non inde ſequitur idem eſſe, quò ad pupillum, cui pater teſtamentum facit, aliud enim eſt, quòd quis ſibi teſtamentum condat, & quòd ei a patre fiat.
5 Alia ergo ratio excogitanda eſt, quæ apta fuerit mouere populum ad concedendam hanc poteſtatem patri, & vt mihi videtur, hæc eſt. Non rarò accidit expedire pupillo non habere ſucceſſores venientes ab inteſtato, vel quia infenſi ſunt ipſi, vel quia periculum eſt, ne ei inſidias parent, vt hæreditem conſequantur, & quia ipſe non poterat huic incommodo occurrere, teſtamentum enim condere, propter defectum ætatis, non poteſt, neceſſè
6 fuit aliam viam excogitare, cumque nulla alia ſupereſſet, quam permittere patri, vt pro eo teſtetur, meritò P. R. hunc vſum introduxit, res enim crudelis erat, pupillum indefenſum manere, & vitæ periculum ſubire, quam rationem ante me excogitauit Ant. Gouean. *in l. 1. ff. de vulg. ſubſt.* in explicatione illorum verborum, *Introductum eſt,* quam approbauit Ant. Fab. *lib. 15. coniect. c. 14. poſt principium.*
7 Hinc intelligimus non ſubſiſtere, quod ſcripſerunt Conan. *lib. 10. c. 8. num. 1.* Ioan. Bolognet. *in rub. ff. de vulg. & pupill. ſubſt. num. 7.* dum ſcripſerunt, ſubſtitutionem hanc fuiſſe inuentam ne ad uenientes ab inteſtato hæreditas pupilli, contra voluntatem patris, perueniret. Nam ex prædictis liquet, voluntatis paternæ rationem non haberi, niſi quatenus dirigitur in commodum pupilli; & iure meritò, cum de bonis filij agatur.
8 Ex prædictis etiam decidi poteſt, an in dubio ſit pro ſubſtitutione pupillari pronunciandū: ſi enim apparet, teſtatorem voluiſſe ſubſtituere pupillariter, res hæc adiuuanda eſt, quia, cum iudicauerit pater expedire pupillo habere ſucceſſorem ſubſtitutum magis, quam venientes ab inteſtato, credendum eſt eum dubitauiſſe de vita pupilli, ſi ad veniētes ab inteſtato hæreditas delata fuiſſet; & ideò eius intentioni fauere debemus: ſatis enim pium eſt pupillū a periculis, & inſidijs liberare, id quod apertè probat tex. *in l. ſi pupillus 41. alias Iulianus, ff. de acq. hæred.* & ita tenet Vaſq. *de ſucceſſ. progreſ. lib. 1. §. 13. num. 4. verſ. quod ſi vtilitas.*
9 Cui opinioni non obſtat, quòd interdum pater ex voluntate ſua, potius quam ex commodo pupilli rem metitur, quia cum lex iudicio patris hanc rem reliquerit, non licebit nobis iudicium eius in dubium reuocare, maximè, quia non ſunt nobis ea omnia nota, quæ pater, ſollicitus de ſalute filij, inueſtigauit de moribus, & voluntate eorum, quos per ſubſtitutionem excluſit.
10 Si verò clarum non ſit, patrem ſubſtituere voluiſſe pupillariter, & verba ambigua ſunt, contra hanc ſubſtitutionem in dubio iudicandum erit. Si enim pater exiſtimauiſſet, periculum imminere pupillo a venientibus ab inteſtato, vel ei expedire eos ſucceſſores non habere, non fuiſſet vſus verbis ambiguis, in re enim quæ continet filiorum ſalutem, cautè admodum, & diligenter homines verſari ſolent, & ideò hæc erit, vt mihi videtur ſufficiens coniectura, ad nobis perſuadendum, eum pupillariter ſubſtituere noluiſſe.

Pupillaris ſubſtitutio an fuerit introducta contra rationem iuris, & an ſit fauore digna.
Cap. XXVI.

EXpoſita ratione, cur pupillaris ſubſtitutio fuerit introducta, videamus, an id factum fuerit ex benignitate aduerſus iuris regulas, & an ſit fauore digna.
1 Negant hanc ſubſtitutionem iuris rationi aduerſari poſt Cin. & Guliem. de Cun. Bart. *in l. humanitatis, num. 5. C. de impub. & alijs ſubſt.* & ibi Iaſ. *nu. 7.* Socin. ſen. *in l. 2. num. 6. ff. de vulg. & pupill. ſubſt. verſ. ſubſtitutio autem,* vbi Ripa, *num. 11. verſ. præterea.*
2 Aiunt autem, eam aduerſari principijs iuris, Lancell. Polit. *de pupill. ſubſtit. p. 1. num. 5.* Iaſ. *in l. final. col. final. verſ. circa ſecundam, C. de inſt. & ſubſt.* Cur. iun. *in l. humanitatis, num. 1. in fine, & num. 23. C. de imp. & alijs ſubſt.* Hip. Riminal. *in l. precibus, a nu. 59. C. eod. tit.* Menoch. *lib. 4. præſumpt. 39. a nu. 13.* Vaſq. *de ſucceſſ. progreſſ. lib. 2. §. 14. nu. 36. verſ. nam facultas.* Aquilinus *in l. Centurio, p. 1. num. 87. ff. de vulg. & pupill.* Trentacinq. *de ſubſtit. par. 2. cap. 1. num. 7.*

Quibus

3 Quibus accedo motus *ex l. illa institutio 32. ff. de hered. instit.* in illis verbis. *Nam satis veteres decreuerunt, testamentorũ iura ipsa, per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere*, & ideò I.C. *in l. 1. ff. de test.* tradens diffinitionem testamenti, ait illud esse iustam *voluntatis nostra sententiam*, a quo sensu non discedit Vlp. *in fragmentis tit.* 20. dum aliam tradens testamenti diffinitionem ait, *Testamentum est mentis nostra iusta contestatio in id solemniter factum, vt post mortem nostram valeat.*

4 Huic enim iuris rõni aduersatur pupillaris substitutio, quę licet sit sententia voluntatis patris, attamen in id fit, vt sit testamẽtum filij, & ideò testamentum pupillare solet appellari, *l. 2. §. quisquis, vers. adeo, & §. interdum, & §. prius, in fine l. 10. §. ex asse, l. ex facto, in princip. vers. & quemadmodum, ff. de vulg. & pupill. in l. plane, §. si coniunctim, de leg. 1. in §. liberis, in §. igitur, Inst. de pupill. subst. in c. in fine. de test. lib. 6. & alibi.*

5 Respondere conatur Ripa, huic fundamento, sed frustra. Prima responsio hæc est, tutorem de rebus pupilli disponere *l. magis puto, ff. de reb. eorum*, & tamen non censetur id iuris rationi aduersari, ergo, nec in casu nostro id dicere debemus.

6 Respondeo hanc rem toto cęlo a re nostra distare. Primò enim agitur in eo tex. & in alijs similibus, de alienatione inter viuos, nos agimus de testamentis condendis, quæ res in proposito maximè distat: inter viuos enim, qui per alium facit per se facere videtur, in testamentis verò nequaquam, vt omnes norunt.

7 Secundò tutor non disponit de omnibus rebus pupilli, sed de quibusdam. Nam immobilia sine iudicis auctoritate non distrahit *l. 1. & tot. tit. ff. de rebus eorum.* item pretium in rem pupilli vertit, pater autem in casu nostro liberaliter, cui vult, res pupilli dat, quæ inter se, quò ad id, de quo quærimus, longissimè distant, nam eius negocia, qui per ætatem id facere nequit, ab aliquo administrari iuris ratio postulat, *§. final. Inst. de Attil. tutor.* aliquem verò liberaliter largiri bona alterius iuris ratio non admittit.

8 Secundò respondet Ripa patrem, & filium vnã eandemque personam senseri, *l. final. C. de imp. & alijs subst. §. ei verò, Inst. de inutil. stipul.* & ideò, quod pater facit, id filius facere videtur.

9 Nihil est. Nam cum persona patris realiter distinguatur a filio, voluntas patris, non est voluntas filij, & ideò si interdum secus est, id ex legis dispositione fit aduersus veritatem, & sic aduersus iuris rationem.

10 Deinde, lex oon in omnibus vult personam patris, & filij pro eadem censeri, sed in illis, quæ patri acquiruntur; ita disertè declarat Iustin. *in d. §. ei verò*, sic inquiẽs, *ei verò, qui iuri tuo subiectus est, si stipulatus sis, tibi acquiris, quia vox tua tanquam vox filij sit, sicut vox tua tanquam filij intelligitur in his rebus, quæ tibi acquiri possunt*: ergo hoc ad rem nostram trahi non debet. Videamus nunc an hæc substitutio sit fauore digna.

11 Facultatem substituendi pupillariter odiosam esse docet Ias. *in l. final. col. 2. vers. circa secundam, C. de inst. & subst.* & Guglielm. Bened. *in c.* Rainuzius, *vers. si absque liberis, il 2. num. 52. de testam.*

12 Moti. Primò, quia hæc facultas iuris rationi aduersatur, ergo odiosa est, *c. 1. in fi. de fil. presbit. lib. 6.*

13 Mouentur secundò, quia pater habet facultatem excludendi ad libitum matrem, & venientes ab intestato, quæ nimia facultas videtur, & ideò minime fauorabilis censenda erit.

14 Contrarium sentio cum Menoch. qui alios refert, *lib. 4. præsumpt. 39. num. 13. & 14.* cui accedũt Socin. iun. *in l. Centurio, num. 126. vers. 1. ff. de vulg. & pupill.* & ibi Ioann. Marc. Aquilin. *p. 3. num. 51.*

15 Moueor autem primò. Hæc facultas introducta fuit, vt pupillus liberaretur ab insidijs venientium ab intestato, vt exposui c. 25. nu. 6. & 7. ergo res est fauore digna, quid enim tam pium est, quam malorum hominum malitiæ occurrere, & pupillorum vitam tutari?

16 Secundò id persuadet constitutio M. Imper. de qua *in l. iam hoc iure, ff. de vulgar. & pupill. subst.* in qua continetur, vt is, qui in primum casum substituit, censeatur in secundum quoque substituisse: cum enim, nec ex vi verborum deducatur, nec ex euidenti voluntate testatoris, vt is, qui in primum casum substituit, in secundum substituisse censeatur, vt infra c. 43. vtique aduersus regulas iuris hoc fuit introductum, a significatione enim verborum non esse recedendum, nisi ex euidenti voluntate testatoris, iuris ratio postulat *l. non aliter, de leg. 3.* ergo facultas hæc est digna fauore, alias non fuisset ita constiturum.

17 Ad primum argumentum respondeo, hanc facultatem quidem esse contra iuris rationem, sed magna ex causa fuisse introductam, quæ sola sufficit, vt lex iuris rationi aduersans fauorabilis sit. *Vide l. 4. ff. ad l. Iul. de fund. dot. l. hoc ita 63. ff. de cond. & demonstrat. l. 1. in principio, ad S.C.* Sillanianum.

18 Nec contrarium docet tex. *in d. c. 1. de filijs presbit. lib. 6.* quia aduertendum est a iuris tramite, Principem recedere duplici modo, vel legem cõstituendo, vel priuilegium concedendo alicui personæ: quando Princeps id facit in fauorem alicuius personæ, res dicitur fauore indigna, quia rumpit æqualitatem, quæ inter ciues obseruanda est, vt Respub. salua sit, & ita loquitur tex. allegatus.

19 Quando verò id fit lege lata, quia non fit, nisi propter aliquam vtilitatem, *l. ius singulare, ff. de legib.* non est verum, censeri legem fauore indignã, quia vtilitas populi iuris ratione potior est, vt enim a veteribus præclarè scriptum est. *Salus Reipub. suprema lex esto.* vt ergo lex censeatur fauorabilis, oon est solum inspiciendum, an sit secundum, vel contra regulam iuris, sed ad tenorem legis inspiciendum est, & secundum ea, quæ lex continet, iudicare debemus, an lex digna sit fauore.

20 Ad secundum respondeo, facultatem hanc fuisse introductam, vt occurreretur insidijs venientiũ ab intestato, & vt hæreditas ad eos perueniret, ad quos peruenire pupillo expediebat, vt exposui c. 25. a num. 6. & ideò non minus aduersus matrem, quam aduersus alios, dãda erat hæc facultas patri, quia ratio hæc omnes tangit.

21 Ex quo sequitur, non rectè sensisse Hip. Rim. *in l. precibus, num. 62. C. de imp. & alijs subst.* dum dixit, potestatem substituendi esse fauorabilem, facultatem verò excludendi matrem odiosam esse;

cum

cum enim ideò facultas ſubſtituendi detur, vt excludantur venientes ab inteſtato, quos babere ſucceſſores pupillo non expedit; conſequens eſt facultatem ſubſtituendi, cum facultate excludendi venientes ab inteſtato eſſe inſeparabiliter coniunctã, & ideò diuerſo iure cenſeri non poſſe.

22 Deindè non rectè Rimin. de matris excluſione particularem mentionem fecit, quaſi iure quodã præcipuo ad hæreditatem filij tunc vocaretur, cũ pupillaris introducta fuit; nam eo tempore, quo hæc ſubſtitutio introducta fuit, mater non ſuccedebat filio, nec matri filius. *Vide in Inſtit. ad S.C. Tertull. in principio, & in tit. ſeq.*

Matri cur fuerit denegata facultas ſubſtituendi pupillariter, & an ſubſtituere poſſit, ſi ex lege municipali patria poteſtas ei fuerit conceſſa. Cap. XXVII.

1 MAtrem non poſſe pupillariter ſubſtituere cõſtat; non conſtat tamen, cur Iuſtinianus, qui matri dementibus filijs ſubſtituere conceſſit *l. humanitas, C. de impub. & alijs ſubſt.* denegauerit facultatem ſubſtituẽdi pupillariter; dubitatur etiam, ſi lege municipali mater habeat liberos in poteſtate, an ſubſtituere pupillariter poſſit.

2 Quò ad primum. Cur antiqui denegauerint facultatem ſubſtituendi pupillariter matri ex Vlpiano cognoſci poteſt in fragm. tit. 20. dum ait. *Fœminæ poſt 12. ætatis annum facere poſſunt teſtamentum tutore auctore, donec in tutela ſint.* (liberabantur enim mulieres a tutela per numerum liberorũ, & per conuentionem in manum mariti, vt explicat Iacob. Cuiac. *lib. 7. obſeru. cap. 11.*) Nam non erat ferendum, mulierem, quam legiſlatores cenſebant inhabilem ad teſtamentum ſibi condendum, de bonis filijs teſtari: in eo enim condendo non leui prudentia opus eſt, vt inueſtiget, quid pupillo expediat, iuxta ea, quæ expoſui c. 25. num. 6. & 7.

3 Iuſtinianus autem, qui plurima innouauit ad fauorem mulierum, vt liquet ex *l. vnica, C. de rei vxoriæ actio. ex l. final. C. de dot. promiſſ. ex l. aſſiduis, C. qui pot. in pig. hab. in Auth. de reſtit. & ea, quæ parit in 11. menſe, ex Auth. de reis, §. quoniam verò,* & ex alijs eius conſtitutionibus, muliebrique confiſus ingenio eas a perpetua tutela liberauit, *vt in l. final. C. quando tut. vel curat. eſſe deſ. & Inſt. quibus mod. tut. fin. in principio.* Cur hanc poteſtatem eis non conceſſerit, non ita facile aſſerere licet, cum enim conceſſerit fœminis facultatem ſubſtituendi exemplariter, videtur eas exiſtimaſſe idoneas ad teſtandum pro filijs, qui ſibi condere nequeunt teſtamentum.

4 Ego omiſſis illis, quæ alij ante me ſcripſerunt, puto, ideò differentiam Iuſtinianum inter has ſubſtitutiones feciſſe, quòd pupillaris frequens vſus ſit, exemplaris verò perrarus, quandoquidem perpauci ſunt homines dementes; eademque poteſtas alijs communicata eſt, parentibus nempè maſculis, qui vbi exiſtunt, matri præferuntur, & denique, quia non omnes venientes ab inteſtato in hac ſubſtitutione excludere licet, ſicuti fit in pupillari. vide *d. l. humanitatis, & l. Papinianus, §. de quarta, ff. de inoffi. teſtam.* Aliorum ſentẽtias, ſi ſcire vis conſule DD. *in l. ex facto, ff. de vulg. & in dicta l. humanitatis, C. de imp. & alijs ſubſt.* vbi multa da hac re differunt. Ne obliuiſcaris tamen rem hanc poſitiuam eſſe, de qua propterea certa, & conuincens ratio reddi non poteſt, *l. non omnium. ff. de leg.*

5 Ad ſecundam dubitationem veniamus; Nunquid mater, cui lex municipalis patriam poteſtatem conceſſit, poſſit filijs impuberibus, quos in poteſtate habet, ſubſtituere pupillariter, in qua alij affirmant, alij negant, alij diſtinguunt.

6 Affirmant Alexand. *in l. 2. nu. 15. 16. ff. de vulg. ſubſtit.* vbi Socin. ſen. *num. 7.* Ripa *nu. 13.* Alciat. *num. 9.* Trentacinq. *de ſubſt. par. 1. c. 10. num. 2.*

7 Primò mouentur, quia verba *l. 1. ff. de vulg.* dum ait, *Moribus receptum eſt, vt liberos, quot quis in poteſtate habet* &c. matri cõueniunt. Nam verba illa *ſi quis*, non magis ad maſculum, quam ad fęminam pertinent DD. *in l. ſi quis in tantum, C. vnde vi*, & alibi, cætera etiam verba conueniunt propter legis municipalis diſpoſitionem, cum traditum ſit, leges priores ad poſteriores trahi, *l. & ideò, l. non poſſunt, ff. de leg.*

8 Secundò dicebat Socinus ſenior, ante Iuſtinianum parentes non poterant pro filijs dementibus teſtari, niſi a Principe id impetraſſent, *l. ex facto, ff. de vulg. ſubſt.* Econtra verò iure communi licebat ſubſtituere filijs impuberibus, ergo facultas ſubſtituendi dementibus, ſuaptè natura difficilius concedi debet, ergo cum Iuſtinianus conceſſerit facultatem matri pro filijs ſtultis teſtandi, oſtendit fœminas capaces eſſe poteſtatis ſubſtituẽdi pupillariter, id tamen eas facere non poſſe propter defectum patriæ poteſtatis, ergo ſublato hoc impedimento, eis licebit hanc facere ſubſtitutionem.

9 Tertiò dicebat Ripa. Pater adoptiuus ſubſtituit pupillariter *l. 2. ff. de vulg. & pupill.* ergo multo magis matri id permittendum eſt, cui ex ſtatuto conceſſa eſt patria poteſtas, cum in ea omnia requiſita verificentur.

10 Negatiuam ſententiam, nempe matri, de qua agimus, ſubſtituere non licere pupillariter, tenet Bald. *in l. precibus, num. 15. C. de imp. & alijs ſubſt.* quem poſt Claud. de Seyſell. ſequitur Soc. iun. *in l. 1. num. 41. ff. de vulg. ſubſt.*

11 Fundamentum huius ſententiæ in eo conſiſtit, quòd in ſtatuto non ſit mentio huius facultatis, & per conſequens ſtatutum non derogat iuri communi hanc facultatem matri deneganti, cum poteſtas ſubſtituendi non ſit effectus, qui ex patria poteſtate deducatur per ſe, & immediatè.

12 Diſtinguũt autem Politus, & Corraſius. Politus *de vulg. ſubſt. num. 30. poſt medium*, differentiam conſtituit inter bona materna, & alia bona pupilli, in illis matri ſubſtituere liceat, in his vero non liceat, ad exemplum arrogatoris, de quo ſcriptum eſt, vt ſubſtituere poſſit pupillariter in illis tantum bonis, quæ filio arrogato reliquit. vide *l. ſed ſi plures, §. in arrogato, ff. de vulg. ſubſtit.*

13 Corraſius verò *in l. ſi teſtamento, num. 10. prope finem, C. de imp. & alijs ſubſt.* ait, matrem ſubſtitutionem facere non poſſe, ſi tamen piè, & è re pupilli teſtata fuerit, ſubſtitutio erit obſeruãda, ad exemplum teſtamenti, quod fit a furioſo, ſi enim prudenter confectum fuerit omninò obſeruabitur, vt explicant Ioann. Andr. *in cap. fin. de ſucceſſ. ab inteſt.* & DD.

& DD. *in l. furiosum, C. qui testamēta facere possunt*, maximè si de bonis a se relictis mater disposuerit, *arg. l. si arrogator, ff. de ijs, qui sunt sui, vel alieni iuris*:

14 Ex his opinionibus meliorem esse puto eā, quā Bald. sequitur, scilicet matri non esse permissum testari pro filijs impuberibus, cum enim in statuto de hac re mentio non fiat, nec veniat in consequentiam eius, quod in statuto continetur, manifestè sequitur ex huius statuti dispositione, hanc facultatem mulierem consequi non posse.

15 Non fit de ea mentio in statuto, supponimus enim ius patriæ potestatis matri deferri, & de pupillari substitutione in eo non agi, aliàs non esset, cur disputaremus; non venit in consequentiā patriæ potestatis, quia non valet consequentia habet filios in potestate, ergo eis substituere potest pupillariter. Nam Romulus tantam in liberos potestatem Romanis concessit, quantā nulla gens habuit, *§. fin. Inst. de patr. pot.* & tamen illis non antea concessum fuit pro filijs impuberibus testari, quam moribus introductum esset, *l. 2. ff. de vulg. & pupill. Inst. de pupill. in princ.*

16 Ad argumenta aliarum opinionum respondeamus. Primo argumento opinionis affirmatiuę respondeo, leges posteriores ad priores trahi, si modo earum natura id patiatur, *l. 1. §. lex Falcidia, ff. ad l. Falcid.* & ideò, cum consuetudo introducta in fauorem parentū masculorū, non solū in beneuolentia, & caritate paterna fundata sit, sed & in virilis sexus prudentia, iuxta ea, quæ explicauimus suprà *c. 25. nu. 6.* consequens est, eam non posse ad fęminas adaptari, cuius fragilitas tanto oneri impar est.

17 Ad secundum respondemus; immò difficilius concedi debere facultatem substituendi pupillariter. Primò, quia maior est numerus illorum, quibus hæc substitutio fit. Secundò, quia nulla est persona, quæ necessariò debeat substitui, sicut accidit in exemplari. Tertiò, quia pluribus personis facultas datur substituendi dementibus ita, vt perrarò ad mulieres pertinere possit.

18 Et ideò argumentum Socini cōtinet fallaciam, nam ipse argumentatur supponendo terminos, in quibus loquitur *l. cum facto, ff. de vulg. subst.* quod fieri non potest, cum Iustinianus, qui hanc facultatem mulieribus concessit, aliter eam concesserit, ac fuerit factum in eo casu, scilicet magis restrictè, & magis limitatè.

19 Ad tertium fundamentum respondeo, in patre adoptiuo præter beneuolentiam, & patriam potestatem, concurrere etiam virilis sexus prudentiam, propter quam patri facultas pro filio testandi data fuit.

20 Ad fundamentum sententiæ Politi, vt clarè respondeamus, sciendum est, arrogatorem impuberis cauere, quod si impubes decesserit, se omnia eius bona restituturū esse illis, qui successissent ab intestato, si arrogatio facta non fuisset, *§. sed cum impubes, Instit. de adopt.* propter quam cautionem multa specialiter concessa fuere, de quibus Cuiac. *lib. 15. quæstion. Pap. ad l. causa cognita, ff. de vulg. & pupill. subst.* & inter alia cautum fuit, ne ei in omnibus bonis substitueret pupillariter, ne per substitutionem cautionem eludere posset, iure ergo speciali hoc fuit introductum, quod indicat I. C. *in d. l. sed si plures, §. in arrogato, ff. de vulg. subst.* Cum enim explicauisset; quemadmodum iure singulari quædam militibus concessa fuissent in substitutione pupillari, incipiens de patre arrogatore pertractare ait, *In arrogato quoque*. Non rectè, ergo ad rem nostram trahitur huiusmodi decisio.

21 Leue est etiam fundamentum, quo nititur Corrasius; cum enim furiosus habens dilucida interualla testari possit *d. l. furiosum, C. qui test. fac. poss.* Nil mirum erit, si testamentum ab eo factum prudenter, valeat; hoc enim euidens signum est, eum tunc temporis mentis compotem fuisse, quod declarat ibi Ias. *num. 3. prope finem, vers. intelligi*; ergo non potest ad casum nostrum hoc adptari, quia nulla est lex, quę facultatem hanc concedat matri, si piè, & prudenter disponat de rebus filij: & ex his verissimam esse puto sententiam Baldi; si tamē

22 sententiam Alexandri sequi malis, aduerte, ne putes eam habere locum, cum parentes masculi ei substituerunt; hoc enim esset in iniuriam eorum, & in damnum pupilli, cui noceret substitutionem prudenter factam infirmari posse a matre, & per consequens lex in fauorem pupilli introducta in eius damnum verteretur, & hoc habere locum debet etiam respectu bonorum maternorū, licet Ripa *in d. l. 2. num. 24. prope finem* aliter senserit, tunc enim pupillus duo testamenta haberet, quod a iuris ratione nimis abhorret.

Patria potestas superueniens, an conualidet substitutionem pupillarem ad l. 2. in principio, ff. de vulg. & pupillar. *Cap. XXVIII.*

SI quis extraneo pupillarē faciat substitutionē, eamq́ue deinde arrogauerit, an pupillaris substitutio conualescat controuertitur inter nostros acerrimè.

1 Affirmatiuam sequūtur frequentiori calculo interpretes Barto. *in l. 2. num. 8. ff. de vulg. pupill.* vbi Alex. *num. 10.* Aret. *col. 3. & 4.* Soc. sen. *num. 4.* Ripa *nu. 25.* Leon. *de pupill. a num. 131.* qui alios referunt, & alij, quos prætereo.

2 Negatiuam verò amplectūtur relati a Ias. *in d. l. 2. nu. 17.* vbi Cuiac. *vers. additur in hac lege Viglius, Inst. de pupill. subst. in principio, num. 7. & 8.* Cuiac. rursus *lib. 6. respons. Pap. ad l. cohæredi, §. filię, ff. de vulg. & pupill. subst.*

3 Ego hanc postremam amplector, eamq́ue aduersus contrariæ partis sectatores, qui suas partes obstinatissimè tutantur, prius propugnabo, deinde contrariæ sententiæ fundamenta aggrediar.

Nititur autem nostra opinio auctoritate I. C. *in l. 2. ff. de vulg. & pupill.* & Iustiniani *Inst. de pupill. subst. in principio*, dum enim his locis exponunt, quibus permissum sit pupillariter substituere, clarè dicunt, illis competere, qui habent filios in potestate, vtendo verbis præsentis temporis. Audi I. C. *Moribus introductum est, vt quis liberis impuberibus testamentum facere possit, donec masculi ad quatuordecim annos perueniāt, fœminæ ad 12.* sic incipit I. C. sed ne quis putaret, hoc concedi indistinctè, subdit hæc verba. *Quod sic erit accipiendum, si sint in potestate*. Ergo necesse est, vt eo tempore, quo substitutio fit, adsit patria potestas, nec satis erit,

R vt

vt ſuperueniat, alias I.C. malè ſubiungeret, *cæterum emancipatis non poſſumus*. Cum enim, & hi in poteſtate poſſint redire *l. non putauit, verſ. ſi quis emancipatum, C. de bon. poſſ. contra tab. l. filio, quem 23. ff. de liberis, & poſth.* vtique huius ſubſtitutionis non eſſent incapaces.

4 Iuſtinianus autẽ ſic ait, *liberis impuberibus, quos in poteſtate quis habet, non ſolum ita ſubſtituere poteſt, vt ſuprà diximus*.

Quos in poteſtate quis habet ſunt verba præſentis temporis, ergo tunc patria poteſtas eſt neceſſaria, quam conſequentiam præterea eſſe veriſſimã oſtendit idem Iuſtinianus, dum inquit *eod. tit. §. fin. Extraneo verò, vel filio pubere inſtituto ita ſubſtituere nemo poteſt, vt ſi hæres extiterit, & intra aliquod tempus deceſſerit, alius ei ſit hæres, ſed hoc ſolum permiſſum eſt, vt per fideicommiſſum teſtator obliget, alijs hæreditatem eius, vel totam, vel pro parte reſtituere*; ſi enim ſatis eſſet, ſuperuenire patriam poteſtatem, ſolum eſſet extraneo, quem poſſumus arrogare, ſubſtitutionem hanc fieri non poſſe.

5 Cum his concordat Vlpianus *in fragm. tit. 23.* dum ſcribit. *Liberis impuberibus in poteſtate manentibus tam natis, quam poſthumis hæredes parenter ſubſtituere poſſunt duplici modo, ideſt, aut eo, quo extraneis, aut proprio iure, ideſt, ſi poſt mortem patris hæredes facti intra pubertatem deceſſerint, ſubſtitutus hæres fiat. Liberis in poteſtate manentibus* ait Vlpianus, ergo illis, qui extra poteſtatem teſtatoris ſunt pupillaris fieri non poterit.

6 Itaque non videtur dubitandum, ſubſtitutionẽ pupillarem factam ei, qui non eſt in poteſtate, inutilem eſſe, quod ex aduerſarijs admittunt Bart. Alex. Socin. Aret. *locis allegatis*, necnon Bal. *in l. humanitatis, num. 34. verſ. & eſt ratio, C. de imp. & alijs ſubſt.* licet id inficietur Leontius, *num. 140.* & imperitè.

7 Ergo manifeſtum eſt, per ſuperuenientem patriam poteſtatem non poſſe conualidari; nam vt legitur *in l. omnia 201. de regul. iur. Omnia, quæ ex teſtamento proficiſcuntur, ita ſtatum euentus capiunt, ſi initium quoque ſine vitio ceperint*.

Concordat tex. *in l. 4. ff. de teſt.* Cuius hæc verba ſunt. *Cum quærimus, an valeat teſtamentum, in primis animaduertere debemus, an is, qui teſtamentum fecit, habuerit teſtamenti factionem, deinde requirimus, an ſecundum regulas iuris teſtatus ſit.*

8 Adeò autem neceſſarium eſt, vt teſtator, cum teſtatur, habeat teſtamenti faciendi poteſtatem, vt nihil ei proſit eam ſuperuenire, hinc eſt, vt teſtamẽtum filijfam. inutile ſit, etiam ſi moriatur paterfamilias, *l. 1. §. 1. ff. de leg. 3. l. 19. ff. de teſtam. in principio*. eius etiam teſtamentum, qui apud hoſtes eſt, non valet, etiam ſi in patria decedat, *vt in Inſt. quib. non eſt permiſſum facere teſtamen. in fin. l. eius, ff. de teſtam.*

Eadẽ de cauſa manumiſſio non conualidat teſtamentum a ſeruo factum, *l. 19. ff. de teſtam. l. 1. §. 1. ff. de leg. 3.* Item, qui de ſuo ſtatu incertus ſit, inutiliter teſtatur, etiam ſi deinde ſciuerit, ſe liberum eſſe, *l. 13. & 14. ff. de teſtam.* Item ſi impubes teſtamentum condat non valet, etiam ſi pubes moriatur, *l. 6. prope fin. ff. de teſtam.* quæ omnia in hac quęſtione magis vrgent, cum tractemus de poteſtate condendi teſtamenti, non ſibi, ſed alteri, quæ vtique longè difficilius concedi debet, & magis limitatè.

9 Hanc difficultatem aduerſarij ſenſerunt, omnemque mouerunt lapidem, vt eam tollerẽt, adeoque ingenij vim intenderunt, vt oſtentare illud magis voluiſſe videantur, quam veritatem perſcrutari; nihil enim ſolidum, aut conſiſtens ſcripſerunt.

In primis Barto. dicebat, ſubſtitutionem, de qua agimus, ab initio valere, vt vulgarem, deinde ſuperueniente poteſtate, incipere eam valere vti pupillarem.

10 Non rectè. Subſtitutio enim pupillaris confertur in ſecundum caſum, vulgaris in primum, *l. precibus, C. de imp. & alijs ſubſt.* ideò fieri non poteſt, vt ſubſtitutio facta pupillo, ſi hæres erit, & in pupillari ætate deceſſerit, valeat vt vulgaris, quæ per aditionem expirat, *l. poſt aditam, C. de imp. & alijs ſubſt.*

11 Secundò Bart. obſtat, quia vulgaris ſola bona teſtatoris continet, *Inſt. de pupill. ſubſt. in principio*. pupillaris autem, quæ fit filio arrogato, continet bona, ei ab arrogatore relicta, iuxta tex. *in l. ſed ſi plures, §. in arrogato ff. de vulg. ſubſt.* ergo vt ſubſtitutio, quæ primò valuit tamquam vulgaris vt incipiat valere, vt pupillaris, oportet arrogatoris bona ei addi; id autem cum fieri non poſſit, quia teſtamento perfecto nihil addi, vel detrahi poteſt, *l. hæredes palam, §. 1. ff. de teſtam.* Verum eſſe non poterit, vulgarem ſubſtitutionem ſuperueniente poteſtate incipere valere, vt pupillarem.

12 Secundo loco Bald. *in d. l. humanitatis, nu. 34. C. de impub. & alijs ſubſt. & in d. l. 2.* aliter huic difficultati occurrere nixus eſt, duplici allata reſponſione. Dicebat enim ſubſtitutionem pupillarem eſſe inſtitutionem conditionalem, & ideò in ea non habere locum regulam Catonianam, quæ docet, ea, quæ in teſtamento ſcripta ſunt, non valere, quoties ita diſpoſita ſunt, vt ſi teſtator tunc decedat, inutiliter ſcripta ſint, *l. 1. ff. de reg. Caton.* hæc enim regula non pertinet ad inſtitutiones conditionales, *l. penult. eod. tit.*

13 Nihil eſt. Nam vt multa omittam, quæ de natura regulæ Catonianæ dici poſſunt. Reſpondeo, non ex ea nos arguere defectum ſubſtitutionis, ſed ex alijs de quibus *num. 7.* quòd ſcilicet poteſtas teſtandi neceſſaria eſt, cum quis teſtatur, quod non ex regula Catonis deſcendit, ſed ex principio naturali omnibus noto, vt ſcilicet habilitas, quæ neceſſaria eſt in agente, adſit, cum agit, nec ſatis ſit, vt ſuperueniat, quia vbi deficit poteſtas in agente, nihil fieri poteſt.

14 Non ſubſiſtit etiam alia reſponſio, quam Bald. affert *in d. l. humanitatis*, dum ait, quod, quando agitur de actu fiendi, ſeu ordinandi (ſunt eius verba) ſæpius poni prius rem in ordine, quam in eſſe, & ideò nil mirum, ſi id accidat in caſu noſtro, ſumus enim, non in actu ordinandi, ſed eſſendi.

15 Non ſubſiſtit, inquam, quia, vt cætera omittã, cum agitur de cauſa agente, vt in caſu noſtro, in omnibus quidem, ſed præcipuè in teſtamentis requiritur, vt ſit habilis, cum agit, vt oſtendi *num. 7.* itaque ad rem noſtram hæc Baldi reſponſio adaptari non poteſt.

Tertiò

16 Tertiò loco Alex. *in d.l.2.num.* 10. prædictæ difficultati occurrebat dicendo id, quod nullum est a principio tractu temporis conualescere non posse, nisi aliquid superueniat. Ita gloss. *in l.quod ab initio, ff.de reg. iur.* & probat tex. *in l.posthumum, in principio, ff.de iniust. rupt.* Eadem responsione vtuntur Ripa *in d.l.2.num.*26. Leon. *de pupill.subst.nu.*141. & ideò non procedere aiunt huiusmodi regulam in casu nostro, In quo superuenit patria potestas.

17 Non tollit difficultatem, quia, vt hoc habeant locum, necesse est, vt id, quod superuenit, habeat vim conualidandi id, quod ab initio vitiosum est, vel suaptè natura, vel legis potestate; itaque cum non fuerit probatum patriam potestatem hoc in casu suaptè natura hanc vim habere, vel ex legis auctoritate, manifestum est, nihil vrgere contra nostram opinionem, vt interim omittam, facultatem testandi, quæ superuenit, non conualidare testamentum factum tempore, quo deerat huiusmodi facultas, vt ostendimus num.7.

18 Quartò loco Aret. aliter hanc difficultatem resecare nititur; ait enim, quando inhabilitas in testatore tolli potest ex post facto, quia suaptè natura non est perpetua, non refert, tempore testamenti conditi testatorem esse inhabilem, modò habilitas superueniat, *l. qui soluendo, ff.de hæred. inst.* docet Bart. *in l.1.num.8. prope fin. ff. de reg. Cat.* ergo idem in casu nostro est dicendum, cum inhabilitas testatoris non esset perpetua, poterat enim per arrogationem tolli.

19 Fallitur vir acutissimus, manifestè enim eius responsio iuris nostri regulis aduersatur, quibus cautum est, defectum facultatis testandi ita annullare testamentum, vt superueniens potestas illud nullo modo possit viuificare, vt constat ex ijs, quæ scripsi num.7. & 8.

20 Nec contrarium probat tex. *in d. l. qui soluendo, ff. de hæred. instit.* Nam lex Aelia Sentia non prohibet plures seruos scribi hæredes, sed vetat plures seruos hæredes fieri, vt clarè indicat I. C. *in d.l.qui soluendo,* dum ait.

Quod si vterque viuat institutionem esse nullius momenti propter l. Aeliam Sentiam, quæ amplius, quam vnum hæredem fieri vetat.

Et ideò, si plures serui instituti fuerint, & primo loco scriptus hæres decesserit, sequens in gradu fit hęres, & deinceps vno deficiente succedit alius, *l.60. & l.83. ff.de hæred. instit.*

21 Aliam etiam respõsionem excogitauit Aret. deductã *ex l.Papinianus 8.§. sed nec impuberis, ff de inoff. testam.* Ex hoc loco ait Aret. probari, pupillarẽ substitutionem modò considerari, vt testamentum factum a filio, modò vt testamentum a patre conditum, prout expedit pupillo, igitur in casu nostro, cum expediat pupillo habere eum substitutum, quem sibi pater scripsit *l.42. ff. de acq.hæred.* debet pupillaris substitutio considerari, vt testamentum ab ipsomet filio factum, sic enim considerando salua erit substitutio.

22 Pro replicatione animaduertendum est, pupillarem substitutionem esse testamentum, quod filio facit pater. vide tex. *in Inst.de pupill. subst.§.igitur, in c.1. in fi.de testam. lib.6. in l.2. §.prius, vers. constat, ff. de vulg.subst.* & ideò cum de eius validitate quæritur ad testamentum paternum respiciendum est, hoc enim sublato pupillaris substitutio corruit, *l.2.§.quisquis, ff. de vulgar. subst. §. liberis, Instit. de pupill. subst.*

23 Nec contrarium probat tex. *in d. l. Papinianus, §. quarta, de inofficioso testam.* immò idem probat, dum in ea legitur, substitutionem pupillarem corruere, si rescindatur testamentum paternum, & licet I. C. dum excludit matrem dicat substitutionem esse testamentum, quod filio pater fecit, dum vero excludit, patruum pupilli aliquid diuersum dicere videatur, inquiens, *quia filij testamentum est.* Idem tamen re ipsa concludit, scilicet esse testamẽtum, quod pro filio fecit pater ex diuersis tamen capitibus matrem, & patruũ excludens; mater enim excluditur, quia filius non testatur, sed pater pro eo; patruus verò, quia licet pater testator sit, de bonis tamen filij disponit, qua ratione testamentum paternum duas causas, idest duas hæreditates continere; dicitur *l. 2. §. prius, ff. de vulg. & pupill.* & ex his nostræ partis fundamentum a tot impugnationibus satis defensum videtur, aduersariorum machinas aggrediamur.

24 Primum autem, & potissimum fundamentum positum est *in l.2.ff.de vulg. & pupill.* dum I.C. ait, *Sed si extraneum hæredem scripsit impuberem, poterit ei substituere, si modò in locum nepotis eum adoptauerit, vel arrogauerit filio præcedente.*

Ex hoc tex. probari putant, per superuenientem arrogationem substitutionem pupillarem conualidari, & per consequens patriam potestatem non esse necessariam eo tempore, quo substitutio fit.

25 Respondeo, illa verba, *cum adoptauerit, vel arrogauerit* hunc sensum habere, eum, qui extraneum hæredem instituit, si post testamentum conditum eum arrogauerit, poterit deinde ei substituere pupillariter; constat enim, diuerso tempore fieri posse paternum, & pupillare testamentum, *l.si quis cũ 16.§.primo, ff.de vulg. & pupill.* & ita rectissimè hũc tex. intelligunt Cast. *ibi num.* 4. & alij relati a Ias. *num.*17. *sic etiam senserunt* Corras. *in l.quamuis, nu.2.C.de imp. & alij subst.* Forcatulus *dialog.*31. *num.*3. *&* 4. Vigl. *in Inst.de pupill.num.*7.8. & alij allgati *num.* 2.

26 Qui intellectus verbis conuenit, & iuris rationi. Verbis, quia illa verba *adoptauerit, vel arrogauerit,* vt etiam pueri sciunt, ad tempus præteritum referri possunt, & ad futurũ. Iuris rõni, quia ea inspecta, substitutio huiusmodi inutilis est, & ideò reiecta alia ĩterpretatione hãc sequimur; quoties enim lex dupliciter intelligi potest, nunquam ita et poni debet, vt iuris rõni aduersetur; leges enim legibus cõcordare debemus, *l.vnica, C. de inoff. dotibus,* quod potissimum in responsis I. C. obseruandum est, quia alias eis nota non leuis infligeretur, quòd aduersus iuris rationem aliquid scripserint.

28 Maximè, quia alia concurrunt, quæ idem suadent. In primis, vt alij animaduerterunt, vrget regula *l.Titius, vers. constitutionibus, ff. de testam. milit.* tempus scilicet adiectum verbo debere intelligi secundum tempus verbi. Cum enim illa verba, *si modò eum adoptauerit, vel arrogauerit* adiecta fuerint illis verbis *poterit eis substituere,* secũdum tempus horum verborũ intelligi debent, & sic eo tempore,

pore, quo ſubſtitutio fit, ex quo tollitur reſponſio, quam huic argumento attulit Socin. iun. *in dicta l. 2.nu.55.verſ.dum primo,ff.de vulg.ſubſt.*

29 Secundò concurrit, quod etiam ab alijs animaduerſum fuit, I.C. dum requirit, arrogationem, vel adoptionem, id facere per modum conditionis, cum dicat, *Si modo eum arrogauerit*, ergo opus eſt, vt prius verificetur, quam ſubſtitutio fiat, conditio enim prius debet poni in eſſe *l.vnica,§.ſin autem ſub conditione,C. de cad.toll.*

30 Tertiò, (idque magis vrget) ego conſidero, I.C. in eadem l.paulò ante, quam dixiſſet verba, de quibus agimus docere ita demum, licere parentibus pupillariter ſubſtituere, *ſi modò eos habeant in poteſtate*; id enim non dixit, quia hæc ſit conditio, ſine qua ſubſtitutio pupillaris effectum non poſſit ſortiri, quia non tractabat de hoc, ſed id dixit, vt oſtenderet, neminem habere facultatem ſubſtituendi pupillariter, de qua ibi agebat, niſi qui liberos habet in poteſtate, ergo, dum deindè ſubdit verba, de quibus agimus, ea non accipit eo modo, quò aduerſarij dicunt, quia ſibi contradiceret; tunc enim admitteret, eum ſubſtituere poſſe pupillariter, qui pupillum non habet in poteſtate.

31 Et ex his nonnulla, quæ aduerſarij objiciũt huic intellectui pęnitus ſublata ſunt, quę propterea omitto, & aggredior id, quod opponit Imola, ſcilicet, textum eſſe de indubitabili, ſi eo modo accipiatur, quo nos contendimus contra reg. *l. Labeo,ff.de Carboniano edicto.*

Huic argumento vt reſpondeat Soc.iun. *in dicta l. 2. num. 54.* multum laborat, & tamen illud non diſſoluit, ego aliter, & ni fallor, clariſſimè illud deſtruam.

32 Regula, quam DD. ex *l.Labeo,ff.de Carb. edicto* eliciunt, vera eſt, licet ex ea non rectè deducatur; non decet enim legiſlatorem in ijs tempus conterrere, quæ dubitatione carent, hæc tamen regula pertinet ad leges, quę ſuaptè natura leges ſunt, non autem ad eas, quæ per accidens ſunt leges, vt reſcripta Principum, quibus libri Codicis referti ſunt, & veterum Prudentum dicta, ex quibus Pandectę fuerunt factæ, cum enim reſcripta contineant reſponſionem eius, quod ſuplex libellus continet, conſequens eſt, ea quandoque de indubitabili eſſe, ſi ſcilicet de re indubitabili libellus agit, & hæc eſt ratio, cur in libris Codicis plurima ſunt reſcripta, in quibus dicitur id, quod in ipſis continetur, *conſtare manifeſti, aperti, clariſſimique iuris eſſe.*

33 Idem accidit in libris Pandectarum, cum enim ex interpretum commentarijs, ex reſponſiſque cõfecti fuerint, plurima continent dicta, quæ dubitatione carent; interpretes enim in ſuis libris huiuſmodi dicta inſerere ſolent, vel vt ex ijs argumententur, vel vt rem, quam præ manibus habeat, perfectè explicent. Non nocet ergo, retento noſtro intellectu I.C. dictum prorſus indubitabile reddi, quia in libris ff. huius rei ratio non habetur, remque ſic ſe habere facillimè comperies, ſi experieris vel in qualibet Digeſtorum pagina; me enim pudet in re tam perſpicua, tot verba effudiſſe.

34 Superſunt nonnulla alia fundamenta, quæ breuiter refellam. Adducunt præterea tex. *in l.cohæredi,§.cum filia,ff.de vulg.ſubſt.* cuius verba hæc ſunt. *Cum filia, vel nepoti, qui locum filij tenuit, aut poſt teſtamentum cępit tenere parens ſubſtituit, ſi quis mortis quoque tempore non fuit in familia ſubſtitutio pupillaris ſit irrita.*

Ex hoc tex. putat Leon. *de pupill.ſubſt.num.134.* euidenter probari, ſatis eſſe, vt habilitas teſtatoris pupillariter ſubſtituentis adſit tempore mortis; ſed, vt mihi videtur, non rectè. Cum enim I.C. non facti ſpeciem examinans, ſed regulam generalem tradens, dicat, *Si quis mortis quoque tempore non fuerit in familia ſubſtitutio pupillaris ſit irrita*, manifeſtum eſt oportere alio etiam tempore eum, cui fit ſubſtitutio, in familia eſſe; hæc enim eſt vis illius dictionis *quoque*, & ſic tempore, quo ſubſtitutio fit.

35 Inſuper, vt ſubſtitutio pupillaris effectum habeat, oportet, vt pupillus in familia teſtatoris reperiatur, cum pater moritur, ergo multo magis neceſſe eſt, vt adſit tempore, quo ſubſtitutio fit, qualitas enim habilitans ad teſtandum, magis neceſſaria eſt, cum quis teſtatur, quàm eo tempore, quo moritur; natura enim poſtulat, vt agentis poteſtas magis deſideretur cum actum facit.

36 Et licet pleniſſima perfectio teſtamenti ex morte teſtatoris oriatur *c.cum Marta, de celeb.miſſ.* Attamen quò ad teſtatoris habilitatem pertinet, magis inſpicitur tempus teſtamenti conditi, quam mortis, vt disertè probant loci allegati nu.7. & 8.

37 At dices tex. præallegatus probat ſatis eſſe, vt pupillaris ſubſtitutio ſuum habeat effectum, vt pupillus primum locum in ſucceſſione obtineat tempore mortis, licet tempore factæ ſubſtitutionis ſecus eſſet, ergo eodem modo ſatis erit tempore mortis in poteſtate fuiſſe, licet tempore conditi teſtamenti non fuerit.

38 Reſpondeo, hæc valde inter ſe differre, nam vt ſubſtitutio pupillaris fieri poſſit, non requiritur, vt pupillus primum locum in ſucceſſione teneat, licet hæc ſit conditio, ſine qua effectum ſubſtitutio habere non poterit, de qua re multa dixi c.42. & ideò I.C. *in d.l.ſecunda,ff.de vulgar. & pupill.* poſt quam dixit, *moribus introductũ eſt, vt liberis impuberibus teſtamentum fieri poſſit*, ſtatim ſubdit, *quod ſic erit accipiendum, ſi ſint in poteſtate*, nullam faciens mentionem de gradu, vt oſtenderet, id non pertinere ad quæſtionem, quam tractabat, quinam ſcilicet poſſint pupillariter ſubſtituere.

39 Poſtremò Vaſquius ſic pro hac ſentẽtia arguit, adoptati poſt teſtamentum conditum ſimiles ſunt poſthumis, *vt in l.Gallus, ff. de lib. & poſthum.* ergo ſicut poſthumis indiſtinctè permiſſum eſt ſubſtituere pupillariter *l.2.ff.de vulg. ſubſt.* ita, & arrogatis ſubſtituere licebit, quod argumentum ante illum attulit Goffredus acutiſſimus interpres *in d. l. 2.num.4.*

40 Reſpondeo, controuerſi iuris eſſe, an ſubſtitui poſſit poſthumis non conceptis, de qua re infra c. 30. quo loci Deo adiuuante negatiuam ſententiam eſſe veriſſimam oſtendam.

Et ex his quid iuris ſit in hac controuerſia clarè apparet, in qua longiori vſus ſum ſermone, vt veritati, tam acriter a quibuſdam impugnatæ lucem afferrem.

Filijs

Filijs naturalibus, quos pater iussit post mortem suam legitimari, an substitutio pupillaris fieri possit. Cap. XXIX.

1 SI pater filium naturalem hæredem instituerit, eumque post mortem suam legitimari iusserit, iuxta terminos *Autben.item fine, C.de nat.lib.* ei pupillariter substitui posse, si impubes sit, docent nostri communiter. Bart. *in l.2. num.16.de vulg. & pupill.* vbi Alex. *num.17.* Socin. sen. *num.7.in fin.* Ias.*num.20.* Ripa *num.27.* Socin. iun.*nu.58.* Zaz. *de pupill.nu.8.* Vasq. *de success.prog.lib.2.§.14.a nu.76.* Leon. *depupill.nu.83.* Trentacinq. *de subst.p.2.c.19.a num.3.*

2 Mouetur primò, quia legitimatio retrotrahitur ad tempus natiuitatis, *l.fin.ff.de natalib.restit.* & docent DD. *in l.Gallus, §.quid si tantum, ff. de lib. & postb.in l.si is, qui, de vsucap.* ergo retrotrahitur ad vitam patris, ergo filius fingitur in potestate fuisse tempore conditi testamenti.

3 Hoc fundamentũ multas patitur difficultates. Primò, quia huiusmodi retrotractio validè impugnatur ab Alciat. *lib.3.Parad. c.12.* à Ioan. Marco Aquil. *in d.l.si is pro emptore, a num. 130.*

4 Secundò, quia, vt retrotractioni locus sit oportet, vt extremum a quo, & extremum ad quod, habilia sint. Bart. receptus *in d. l.si is pro emptore, nu.4. ff.de vsucap.* deficit enim in casu nostro extremum a quo, scilicet pater cum superuenit legitimatio.

5 Huic argumẽto respondere nititur Alex. duplici modo. Prima responsio est, quod satis sit filiũ naturalem esse eiusmodi, vt ei substitui posset, si tunc legitimatus fuisset ad instar posthumi, cui vt substitui possit, dum in vtero est satis est, eum esse eiusmodi, vt si tunc natus esset substitutionis capax esset, *l.2.ff.de vulg.subst. in principio.*

6 Nõ rectè. Nam qui in vtero sunt, in ijs, quæ eorũ cõmodum tangunt, pro natis habentur, *l.qui in vtero, ff. de statu homin.* & ideò quò ad hanc substitutionem, pro natis habentur, quod non accidit in naturalibus filijs, non enim superueniens legitimatio efficit, vt eo tempore, quo nondum legitimati fuerant, in vtilibus pro legitimatis haberentur, nullibi enim id cautum est.

7 Secundò respondet Alex. extremum a quo in retrotractionibus satis esse, vt sit habile respectu principalis, quoad accessoria verò nõ requiritur huiusmodi habilitas, iuxta doctrinam Bart. *in l. final. nu. 10.C.de sent. pass.* & ideò satis erit, vt respectu legitimationis, quæ principaliter consideratur, habilitas extremi adsit, nec erit curandum, eam deficere respectu eorum, quæ veniunt in consequentiam legitimationis, nempe patriæ potestatis.

8 Nihil est. Vt enim cætera omittam, istud, de quo quærimus, non venit in consequentiam legitimationis: non valet enim consequentia legitimatus fingitur semper legitimus fuisse, ergo ei substitui poterit; aliud enim præterea requiritur, vt scilicet fuerit in potestate *l.2.ff.de vulg.subst.* quæ potestas non venit in consequentiam legitimationis, quia non valet consequentia legitimatus est, ergo est in potestate patris, necesse enim est, vt pater viuat, vtque ab eius potestate non exierit.

9 Secundò ex eo mouentur, quòd fictio postliminij conualidat pupillarem substitutionem, *l.lex Cornelia, ff.de vulg.subst.l.10.& 11.ff.de capt.& postlim. reuers.* hinc enim sequi videtur, vt etiã legitimatio substitutionem conualidet, vtranque enim remtrahit retro.

10 Respondeo, postliminium, & l. Corneliam, nihil de nouo concedere, sed id conseruare, quod captiuus habebat tempore captiuitatis, *§.si ab hostibus, Inst. quib.mod.pat. pot. solu.l.postliminium, ff.de capt. & postlim. reuers. cum similib.* & ideò non pertinent ad nostram quæstionem, in qua non quærimus, an legitimatio substitutionem validam conseruet, sed an viuificet substitutionem inutiliter factam.

11 Contrariam ergo sententiam, quam tenuerunt Salicet. *in l.si testamento, num.6.* & Coras. *nu. 12. C.de imp. & alijs subst.* veriorem existimo, motus ex regula *l.2.ff. de vulg. & pupill. subst.* ab ea enim non debemus recedere, nisi exceptio fuerit planè probata, quod bucusque non videtur factum.

12 Supposita tamen sententia communi dubitari potest, si pater curauit filius legitimari, putansque legitimationem esse validam, filius instituit, eique pupillariter substituit, an hoc in casu, quo pater tacitè videtur mandare, vt filius iterum legitimetur, cũ eius mens fit, vt fit legitimus, & valeat pupillaris substitutio, iuxta tex. *in Inst.quib. manum. licet, vel non, §. 1.* habeat locum dicta communis sententia, quod negat post nonnullos Trentacinq. *p.2.c.9.nume.4.* Motus, quia pater errauit in causa institutionis, & ideò testamentum corruit, *l.4.C.de bær.inst.*

13 Contrarium, & melius tenuit Ripa *in d. l. 2. nume.33.* nam testator, cum ad hæreditatem vocat filium, non propter legitimationem mouetur, sed ex caritate, & amore, a quo excitatus curauit per legitimationem mederi maculæ, ex impudicitia matris contractæ, & ideò circa causam, quæ eum mouit ad eum instituendum nullus error est.

14 Aduerte tamen retrotractionem legitimationi non competere suaptè natura, sed beneficio iuris ciuilis, & ideò tunc erit ei locus, si in legitimatione non recedatur a tramite huius iuris: eius enim conditor Iustinianus indistinctè legitimari filios noluit, vt liquet *ex Autb. quib. mod. natural. eff. legitimi.* nam si aliter legitimatio fiat, hoc beneficium non potest competere, frustra enim legis beneficium implorat, qui in legem committit, *l.fin. §.fin verò, C. de iure delib.* cum alijs ibi ab Accurs. allegatis.

Posthumis non conceptis, an possit pupillariter substitui. Cap. XXX.

1 SCribit I. C. *in l. 2. ff. de vulg. subst.* licere filijs posthumis pupillariter substituere, idem scribitur *in Inst. de pupill.subst.§.non solum, in fin.* quemadmodum hoc accipiendum sit controuertitur. Alij enim indistinctè de posthumis, etiam non conceptis hoc intelligunt, alij verò id restringunt ad posthumos conceptos. Primam opinionem sequuntur Goffr. *in l. 2. in princ. col. fin. ff. de vulg. & pupill.* vbi Soc. iun. *num.2. vers. sed contrarium.*

Leon. *de pupill. subst. num. 86. & 87.* Vasq. *de success. progres. §. 14. num. 70. lib. 2.*

2 Secundæ opinionis auctores sunt Salicet. *in l. si testamento, num. 7. C. de imp. & aliys subst.* Ias. *in l. 5. num. 4. ff. de vulg. & pupill.* vbi Cuiac. *vers. sequitur.* Zaz. *de pupill. subst. num. 7. vers. immò.* Lancell. Polit. *in eod. tract. num. 26. vers. quaro deinde.* Port. Bellon. Oynot. & Griffan. *Inst. de pupill. subst. §. non solum*, vbi addentes ad gloss. vltimam eandem approbant.

3 Fundamentum primæ opinionis pendet es generali sermone I.C. & imp. qui eum indistinctè de posthumis loquantur indistinctè, & generaliter intelligi debent.

4 Sed hoc fundamentum leue est, nam posthumi appellatio strictè loquendo ad eos referrur, qui in vtero sunt, *l. 3. ff. de iniust. rupt.* Cuius verba hæc sunt.

Posthumos autem eos dicimus duntaxat, qui post mortem patris nascuntur, & concordat Vlp. tit. 22. in illis verbis. *Posthumi quoque liberi, idest qui in vtero sunt*, & ideò communi sententia receptum est, posthumos propriè eos dici, qui post mortem nati sunt, vt alijs allatis probat Hipp. Rimin. *in l. 2. a num. 2. C. de bon. poss. cont. tab.* & docent interpretes *in dict. l. 3. §. primo, ff. de iniust. rupt.* Itaque, dum I.C. & Iustinianus indistinctè de posthumis loquũtur, non sunt de omnibus posthumis intelligendi, cum magna principiorum iuris offensione, quandoquidem illi, qui concepti non sunt, extraneorum loco habentur, *l. Titius, ff. de suis, & legitim.* & per consequens substitutio pupillaris eis fieri non potest, *§. fin. Inst. de pupill. subst.* His accedit, nimis alienum esse a iuris nostri principijs, & naturæ, vt ei, qui non est in rerum natura, testamentum conscribarur, ergo absurdum esset pupillarem substitutionem fieri posthumis non conceptis, hæc enim est testamentum, quod pro filio facit parer, *l. Papinianus, §. sed neque Imp. ff. de inoff. test.*

Concludo ergo, verius esse, posthumis non conceptis hanc substitutionem non posse fieri.

Filio præterito testamentum approbante an substitutio pupillaris conualescat. Cap. XXXI.

1 Receptum est, substitutionem pupillarem factam filio præterito, conualescere, si ipse testamentum paternum approbauerit. vide Bart. *in l. 2. num. 11. ff. de vulg. subst.* vbi Ripa *num. 35.* Aret. *in l. 1. §. 1. eodem tit.* vbi Goffred. *in principio.* idem Goffred. *in l. & si contra, num. 2. eodem tit.* Vasq. *lib. 3. de success. progress. §. 14. num. 137.*

2 Mouentur *ex l. filio præterito, ff. de iniust. rupt. irritoque fact. test.* cuius verba hæc sunt. *Filio præterito, qui fuit in patris potestate, neque libertates competunt, neque legata præstantur, si præteritus fratribus partem hæreditatis auocauit; quod si a bonis patris se abstinuit, licet subtilitas iuris refragari videatur, attamen voluntas testatoris ex bono, & æquo tuebitur.*

3 Contrariam partem tuetur Angel. *in l. 1. §. 1. ff. de vulg. subst.* motus, quia, vt pupillaris substitutio valeat, pro forma requiritur, vt is, cui fit, fuerit institutus, vel exhæredatus, *l. 2. versic. quisquis, ff. de vulg. subst.* & ideò ea non obseruata testamentum nullum est, *l. 1. l. inter cætera, ff. de lib. & posth.* ergo per approbationem conualescere non potest, quod enim forma caret, partium consensu conualidari non potest, *l. obligari, §. tutor, de auct. tut.*

4 Non obstat tex. *in d. l. filio præterito*, quia illa verba, *licet subtilitas iuris refragari videtur, attamen voluntas testatoris ex æquo & bono tuebitur.* ostendũt, hãc dispõnem in vim testamẽti nõ substineri, sed in vim vltimæ volũ ratis imperfectæ, vt rectissimè admonuit ibi Cuiac. *ad li. 5. resp. Pap.* pro qua sentẽtia addo, iuris nostri auctores, cum mandant, id, quod scriptum fuit in testamento imperfecto obseruari, eo adhuc imperfecto manenre, solitos esse huiusmodi frasi vti. vide *l. fin. in fine. ff. de rebus eorum, in l. 2. in l. final. C. de fideicomm. in §. final. Inst. de fideicomm. hæred. in l. hac consultissima, §. final. C. de test. ordin. in l. penul. §. Lucius, de leg. 2.*

5 Iure igitur non dicit Papinianus hanc dispositionem valere vt testamentum, quia cum secundum iuris ciuilis regulas sit nullum, conualescere non poterat per approbationem filij, sed legis auctoritate opus erat, quæ non estabat, alias imperitè I. C. ad æquum, & bonum confugisset, ad illud enim tunc confugimus, cum deficit lex scripta, vt ostendit Arist. *lib. 5. Ætic. cap. 10.* & probant *l. 1. C. de legibus, l. 2. §. idem Varus, de aq. pluu. arcend.* & alij multi loci, quos alibi recensui.

6 Itaque, cum Iustinianus approbauerit dicta veterum Prudentum, quæ inserta fuerunt in Pandectis, eo modo, quo fuerunt scripta, consequens est, nec hodie in vim testamenti voluntatem huiusmodi obseruari, sed eo modo, quo Papinianus scripsit, ex benignitate, & veluti vltimam defuncti voluntatem imperfectam, ergo testamentum huiusmodi imperfectum est, ergo pupillaris substitutio in eo facta non subsistit, *l. 2. vers. quisquis, ff. de vulg. subst.*

At dices, sicur æquum, & bonum suadet confirmari per approbationem legata, & libertates, ita etiam suadet, pupillarẽ substiturionẽ cõualescere.

Respondeo in primis, longè hæc inter se distare. Nam, cum testator relinquit libertates, & legata de re propria disponit, cum verò pupillariter substituit, de re filij testatur ex dispensatione, constat autem longè facilius ea corruere, quę ex priuilegio fiunt, quam ea, quæ ex iure stricto. Hinc videmus testamentum iure militari factum ex priuilegio, facilius perire, quam illud, quod iure communi fit, *iuxta l. quod constitutum, de milit. test.* Idem probatur *ex l. eius militis, §. 1.* vbi Bart. not. *eodem titulo.* Maximè, quia pietas paterni nominis, quæ excitauit Populum Rom. ad concedendam parentibus potestatem substituendi pupillariter, vt exposui cap. 25. suspecta redditur hoc in casu, in quo filius fuit a parte pręteritus, & propterea æquum, & bonum non patitur, vt testamentum pupillare, quod in vtilitatem pupilli fieri debet, aduersus iuris regulas sustineatur.

7 Quod si pupillaris substitutio facta fuisset in testamento paterno ita apertè, vt inotuerit substituto, exploratum est, æquitatem non pati, vt substitutio sustineatur. Modus enim huiusmodi substituendi est periculosus pupillo, vt testantur Caius *lib. 2. tit. 4.* & Iustin. *§. sin autem formidolosus, in fine, Inst. de pupill. subst.*

Secundò

8 Secundò respondeo tesponsum hoc Papiniani a iutis regulis abhorrere, & ideò, cum de libertatibus, & legatis disponat, ad pupillarem substitutionem non poterit trahi ex regula *l. quod verò, ff. de legib.*

9 Præterquam quod ęquitas ex particularibus circumstantijs deducitur, vt exponit Arist. *loco allegato*, & est exploratum, & ideò non potest in hac quæstione allegari: rem enim in abstracto consideramus, & sine circumstantijs.

Pupillaris substitutio facta filio apud hostes existenti, an effectum habeat, si reuertatur, & impubes decedat. Cap. XXXII.

ELegans est disputatio, an substitutio pupillaris facta filio impuberi apud hostes existenti, effectum habeat, si pupillus reuertatur, & impubes decedat, quam ideò his libris inserui, quia res non videtur satis explorata, nec ab aliquo nostrorum, quem viderim, adhuc explicata est.

1 Contra substitutionem vrget id, quod legitur *in l. eius, ff. de testam. in §. final. Inst. quib. non est permiss. fac. testam.* dum bis locis habetur, eum, qui apud hostes est, non posse facere testamentum, & si fecerit, illud per ius post liminij non conualescere, igitur ius istud non fingit, eum, qui hostium seruus fuit, habuisse ius testandi, cum apud hostes fuit: ergo pupillaris substitutio, de qua agimus, non reintegratur per postliminium, quoniam cum non tollatur defectus, propter quem erat intestabilis pupillus substitutio non potest substineri; traditum est enim, ei pupillo, qui alia ex causa, quam propter ætatem, testari non potest, non licere pupillariter substituere. Bart. *in l. 2. num. 12. ff. de vulg. subst.* & cum eo alij.

2 Pro contraria parte, quam veriorem existimo, vrget hæc ratiocinatio. Pupillaris substitutio est quidem testamentum pupilli, sed tamen a patre factum, *l. Papinianus, §. sed nec impuberis, ff. de inoffi. testam. § liberis, Inst. de pupill. subst.* Itaque quò ad eum, qui testamentum condit, non est, quod dubitemus, an factionem testamenti habuerit, sed omnis dubitatio pendet ex persona filij, cui vti extra potestatem patris constituto substitutio hæc fieri posse non videtur: verum cum is statim, ac reuersus fuerit fingatur semper in potestate fuisse, *§. item si ab hostibus, Inst. quib. mod. ius patr. potest. sol. l. retro 16. l. bona 22. §. quod filius, ff. de capt. & postlim. reuers.* impedimentum istud sublatum videtur.

3 Fauet huic sententiæ id, quod legitur *in l. illa institutio, §. 1. ff. de hered. instituen.* vbi I.C. sic inquit. *Is, qui apud hostes est, rectè heres instituitur, quia iure postliminij omnia iura ciuitatis in persona eius retinentur, non abrumpuntur. Itaque si reuersus fuerit ab hostibus poterit hereditatem adire*, nullum enim adesse videtur discrimē inter hunc, & casum nostrum, cum illa verba, *omnia iura ciuitatis in persona eius retineantur* id, de quo agimus, procul dubio contineant.

4 Ad argumentum ex aduersò adductum respondeo, esse magnum discrimen inter testamentum, quod quis sibi facit, & illud, quod pater facit filio, quò ad rem nostram; nam si quis proferrat in medium testamentum a se conditum, dum apud hostes erat, destrueretur fundamentum, cui innititur postliminium, fictio scilicet, quod nunquam captus fuerit, & ideò nil mirum, si negligatur huiusmodi testamentum. Insuper, quomodò apud hostes testamentum condi potest, vbi ciues Romani, qui necessariò in testamento adhiberi debēt, non reperiuntur? quæ cum in casu nostro non habeant locum, quia testamentum a patre in ciuitate factum fuit, non licebit inde argumentum ducere.

5 Itaque doctrina Bart. ex aduersò allegata hoc casu locum non habebit, quia debet intelligi, si modò defectus ille allegari possit, quod in specie nostra non licet propter ius postliminij.

Pater turpis persona, hoc est perditis moribus inquinatus, an substituere possit pupillariter. Cap. XXXIII.

1 SI pater pupilli turpis persona sit, idest si adeò perditis moribus præditus sit, vt ei bonorum filij administratio adimi possit putauit Bart. eum non posse pupillariter substituere: ita enim disertè scribit *in l. 2. num. 23. ff. de vulg. & pupill. subst.* vbi Socin. sen. *num. 17.* Bart. rursus *in l. sed si vnius, §. filiosfamilias, num. 3. ff. de iniur. in l. cum oportet, §. nam autem, num. 2. C. de bon. quæ liberis.*

2 Hæc tamen opinio nigros tulit lapillos; cæteri enim iuris interpretes in contrariam sententiam abierūt, vt liquet ex Alex. *in d. l. 2. nu. 24 ff. de vulg. subst.* vbi Ias. *num. 26.* Ripa *num. 36.* Alciat. *nu. 20.* idem tenet Lancellot. Polit. *de pupill. subst. num. 45. & 46.* Leon. *eodem tract. a nu. 90.* Vasq. *lib. 2. de success. progress. §. 14. num. 134.*

3 Ego verò Bart. opinionem sequor, & verissimā esse reor, ex eo motus, quia potestas patri substituēdi pupillariter fuit data in fauorem, & ad commodum pupilli, vt tradunt communiter DD. quos retuli c. 25. in princ. & est verissimum, vt ex traditis eo loci constat: itaque hęc facultas sic interpretanda est, ne in damnum pupilli vertatur; scriptum est enim, id, quod in fauorem introductum est, non debere in damnum retorqueri, *l. quod fauore, C. de legibus.*

4 Id autem in casu nostro accidere non est dubitandum, cū perditi mores obtenebrent ingenij, ac iudicij aciem, quapropter verēdum est, ne accepta pecunia eum pupillo substituat, qui deinde ei insidijs vitam adimere curet, vt enim prudenter admonuit Claudianus Poeta Clarissimus.

Sed quia cæcus inest vitijs amor: omne futurum
Despicitur, suadentq. breuem præsentia fructum,
Et ruit in uetitum, damni secura libido.

Quod desumpsit, ex Arist. *lib. 6. Aetic. c. 16. in fi.* vbi ait Leonardo Aretino interprete. *Prauitas obliquat, & falso errore labefacit circa principia rerum agendarum.*

5 Quæ res videri noua, aut insolita non debet, nā omnis potestas data patri circa res, & personam filiorum hanc habet limitationem, si modò non adsit iustus timor, ne ea in perniciem filiorum abutatur. vide tex. *in l. final. §. minores, C. de sent. pass. in l. si cum dotem, §. eo autem tempore, ff. sol. matr. in l. si vnius,*

vniur, *§. filiofamilias, ff. de iniur.* quæ iura rectiſſimè pro ſua ſententia Bart. allegat. addo tex. *in l. 1. verſ. nonnunquam*, *ff. vbi pupill. educar. deb. l. vtilitatem* 10. *ff. de confirmand. tutor.*

6 Ad ea, quæ in contrarium adducuntur facilè eſt reſpondere. Primum argumentum deducitur ex generalitate legum concedentium patri facultatem ſubſtituendi pupillariter. Sed ex ſupradictis reſponſio euidens eſt, leges generaliter loquentes reſtringi, ne id, quod in fauorem introductum fuit, in damnum retorqueatur, *l. quod fauore, C. de legibus.*

7 Secundò mouentur *ex l. cum quidam, C. de legatis*, dum ibi deciditur, licere atr: ſubſtituere filio pupillariter, etiam ſi eum non bona mente exhæredauerit.

Reſpondeo, improbitatem patris, eiusque perditos mores ſuſpicionem afferre in caſu noſtro, & ideò non eſt ducendum argumentum ab eo tex. in quo licet ſupponatur, patrem gerere animum non beneuolum erga filium, nulla tamen fit inquinatæ eius vitæ mentio, quapropter non eſt, cur ſuſpicemur, eum ſubſtitutū eſſe ſcienter hominem, qui inſidiaturus ſit vitæ pupilli, hoc enim adeò magnū ſcelus eſt, vt non ſit credendum illum venturum eſſe in mentem niſi hominis inquinatiſſimis moribus conſpurcati.

8 Tertiò additur textus *in l. ſi pupillus 42. ff. de acq. poſſ.* dum ibi dicitur, eum impugnare vtilitatem pupilli, qui ei ſubſtitutum auffert, quem pater dederat.

Nihil eſt, tex. enim non ſupponit, patrem, qui ſubſtituit, turpem perſonam fuiſſe cum de hoc mētio nulla in eo fiat; & ideò tex. in generali præſumptione, quod pater præſumitur conſiliū optimū pro filio capere, *l. nec in ea, in fi. ff. ad l. Iul. de adult.* propterea non eſt in quæſtione noſtra allegandus, quia mali mores patris ab hac præſumptione nos recedere cogunt.

9 Quartum argumentum eſt. Pater, de quo agimus, poteſt ſibi teſtamentum condere, antequam ei propriorum bonorum adminiſtratio interdicatur, *l. is, cui bonis, ff. de teſtam. §. item prodigus, Inſtit. quib. non eſt permiſſ. facer. teſtam.* ergo poterit etiā facere filio.

Reſpondeo, facultatem, quam quis habet de rebus ſuis teſtandi, non perditos mores, ſed interdictionem bonorum auferre: & ideò, vt ab ea ad facultatem ſubſtituendi pupillariter argumentum duci poſſit, oportet prius probare, in hac parte eas conuenire, & æquiparari, quod eſt illud, quod diſputamus: & cum in fauorem pupilli fuerit introductum, vt ei pater ſubſtituat, facultas autem teſtandi fuerit data in fauorem teſtantis, non debet durum videri, ſi pater facultatem ſubſtituendi filio facilius amittat, quam poteſtatem ſibi condendi teſtamentum.

10 Poſtremò affertur tex. *in l. Papinianus 8. §. ſed nec impuberis, ff. de inoffic. teſt.* vbi ſupponitur, patrem ſubſtituiſſe pupillo excluſa matre, & patruo eius, perſonam, quam ſi ipſe ſibi hæredem feciſſet fratri competeba querela inofficioſi teſtamenti, ergo ſubſtituit turpem perſonam, *vt Inſtit. de inoffic. teſtam. in princip. verſ. ſoror*, ergo pater pupilli turpis perſona erat, honeſtus enim vir turpem perſonam pupillo non ſubſtituiſſet.

11 Reſpondeo, vt fratri querela inofficioſi competat ſatis eſt, vt inſtituti fuerint homines leui nota aſperſi, *l. fratres 27. C. de inoffic. teſtam.* cuius verba hæc ſunt. *De inofficioſo quæſtionem mouere poſſunt, ſi ſcripti hæredes infamiæ, vel turpitudinis, vel leuis notæ macula aſpergantur.* idem eſt, ſi fuerint inſtituti liberti, de quibus agitur in eodem tex. in verbis ſubſequentibus, ergo conſequentia, quam aduerſarij faciunt, non eſt bona.

12 Non diſplicet etiam reſponſio Aretin. dicentis interdum incidere tempora, vt expediat, aliquem ſubſtituere pupillo, etiam ſi ſit turpis perſona, quod accidiſſe credēdum eſt, cum pater huiuſmodi perſonam ſubſtituit, *l. amiciſſimos, ff. de ſuſpect. tut.*

13 Rectè etiam admonet Politus accidere poſſe, vt pater maculam ſubſtituti ignorauerit, & ideò non eſſe neceſſariam conſequentiam, pater perſonam turpem ſubſtituit, ergo ipſe perſona turpis erat.

Statuto prorogante pupillarem ætatem, an prorogare intelligatur tempus ſubſtituendi pupillariter. Cap. XXXIV.

1 SI noua lege pupillaris ætas prorogetur, an prorogata cenſeatur facultas ſubſtituendi pupillariter non conuenit inter DD. pro cuius rei faciliori tractatione ſciendum eſt, varias fuiſſe veterum I. C. ſententias, quemadmodum pubertas dignoſceretur, vt auctor eſt Vlpia. *in fragment. tit. 11.* dum inquit. *Liberantur tutela maſculi quidem pubertate. Puberem autem Caſſiani quidem aiunt, qui habitu corporis pubes apparet, ſcilicet, qui generare poteſt. Proculei autem, qui 14. annos expleuit: verum Priſcus, eum puberem eſſe, in quem vtrumque concurrit, & habitus corporis, & numerus annorum.*

2 Alibi idem Vlp. totam hominis ætatem ita diſtinxit, vt alij pueri ſint, alij iuuenes, alij ſenes, *l. 8. §. modus autem, ff. de tranſact.* quod ex Tullio Rege Romanorum didicerat: is enim huiuſmodi diſtinctionem facere ſolebat, teſte *Agell. lib. 10. c. 28.* alibi etiam refertur conſtitutio, vt cum de alimentis agitur, impubes cenſeatur maſculus vſque ad 18. annos, fœmina vſque ad 14. *l. Mela, ff. de alim. & cib. leg.* Itaque non eſt dubitandū, nouo iure licere recedere a iure, quod Iuſt. ſtatuit, pubertatem ſcilicet in fœminis initio 13. anni aduenire, in maſculis vero finitis 14. annis, *l. fi. C. quādo tut. vel cur. eſſe deſ. & Inſt. quibus mod. tut. finit. in princip.* varia enim ſemper fuerunt de ætatum diſtinctione magnorū virorum placita, vt liquet ex Crinit. *de honeſt. diſcipl. lib. 5. c. 9.* ex Brech. *in l. pueri, ff. de verb. ſignific.* ex Menoch. *de arbitr. c. 57.* ex Fumeo *in tract. ſubſtit. num. 34. & 35.*

3 Imperitè ergo nimis Lācellotus Politus *in tract. pupill. num. 26.* acutiſſimus alioquin interpres, dānat noſtros, qui de hoc diſputent, afferens ſtatutū, de quo in hac quæſtione mentio fit non valere, quia natura conſtituit ætates, quas homines mutare nequeunt: quo argumento etiam vtitur Paul. Leon. *de pupill. ſubſt. num. 100.* imperitè inquam, quia hic de diſtinguendo nomine ætatum, non de mutatione earum agitur, ætates enim conſideramus

mus quò ad facultatem administrandi patrimonij, testandi, & faciendi actus ciuiles: nam actus naturales, prout naturales sunt, considerare ad iurisperitum non pertinet.

4 His explicatis rem ipsam aggrediamur: duæ sunt, & contrariæ opiniones. Prima ait, tempus pupillariter substituendi prorogatum censeri. Secunda negat. Auctores primæ opinionis sunt Alexan. *in l.2.num.14.prope finem, vers. satis, ff.de vulg. subst.* vbi Ias. *num.18. vers. tenendo tamen.* Rip. *num. 19.* Coras. *in l.si testamento, num.6. prope finem, vers. vno casu, C.de impub. & alijs subst.*

5 Alteri opinioni adhærent Soc. sen. *in l.2. nu. 6, post medium, vers. sed contra, ff. de vulg. subst.* Leon. *de pupill. num.*100. Vasq. *de success. progress. lib.2.§. 14. num.56. vers. ego contra.* Trentacinq. *de substit. p.2.c.8. num.3. in fine.*

6 Primæ opinionis fundamentum est huiusmodi. Pubertatis mentio variè accipitur, vt subiecta materia patitur, *l. Mela, ff. de alimen. & cibar. leg.* ergo cum leges dicunt, posse parentem substituere filijs vsque ad pubertatem, accipi debent secundum subiectam materiam, ergo intelligi etiam debent de eo impubere, de quo loquimur, quia subiecta materia eum impuberem esse statuit, qui propter ætatis defectum sibi testamentum facere non potest, vt explicaui c. 25. a num. 6.

7 Secundò non possunt omnia in lege contineri, & ideò suaptè natura legi inest, vt ad eos casus trahatur, qui quandoque similes erunt, *l. non possunt, ff. de legib. l.1. §. lex Falcidia, ff. ad l. Falcid.* ergo leges veteres, quæ dant patri facultatem substituendi liberis impuberibus ad casum nostrum adaptari debent, cum impubes, de quo agimus, propter defectum facultatis testandi eisdem prorsus insidijs subiectus sit, quibus est minor 14. annis.

8 His non obstantibus verior est cõtraria opinio; nam qui facit pupillarem substitutionem ad libitũ substituit excludendo omnes, etiã matrem, *l. Papin. §. sed nec impuberis, ff. de inoff. test. c.1. in fine, de test. lib.6.* ergo non conuenit huic ætati pupillaris substitutio, quia, cum liberos suscipiant homines hac ætate, in potestate patris testantis esset excludere nepotes, quod cum a moribus nostrarum Regionum nimium abhorreat, incredibile est auctores statuti hoc voluisse introducere per tacitos, & subauditos intellectus.

9 At dices ad instar exemplaris liberi instituendi erunt non rectè: inauditum est enim parenti pupillariter substituenti necesse esse qualdam personas ad successionem vocare; & licet hoc noua lege fieri possit, cum tamen nullum huius rei indiciũ ex statuti verbis deducatur, digni essent magna nota eius auctores si id introducere voluissent, cum enim lex conscribitur, non oraculum, aut enigma componitur, sed regula, qua vti debent ciues; quod cum fieri non possit, nisi ea benè percepta, sic scribi oportet leges, vt ab omnibus intelligatur. vide tex. *in l. leges sacratissimæ, C. de legib.* tex. *in Auth. de imperfect. test. in princ.*

10 Secundò iure Romano vetitum est parentibus vltra 14. annum scribere pupillarem substitutionẽ, *l. in pupillari, ff. de vulg. & pupill. subst. §. extraneo, Inst. de pupill. subst.* ergo hanc legem prius tollere oportet, vt hæc facultas competere possit: hoc autem factum fuisse a statuto, de quo agimus, non possumus dicere, cum nec expressum id fuerit, nec in consequentiam veniat eius, quod expresè dispositum est. Non valet enim consequentia, prorogatur pupillaris ætas, ergo etiam prorogatur tẽpus substituendi pupillariter, cum prorogatio ætatis per se consistat, nec huiusmodi temporis prorogationem secum trahat.

11 Ad primum argumentum respondeo in materia substitutionis pupillaris declaratum fuisse, exacto 14. in masculis, & 12. in fœminis incipere pubertatem, *l.2. in princip. ff. de vulg. subst.* quæ declaratio non solum fundata est in eo, quod iure Rom. sancitum est, tunc pubertatem incipere: sed quia eo tempore natura vim concipiendi fœminis, & generandi masculis largitur, quæ res efficit, vt ea eo tempore facultas substituendi pupillariter, non sit concedenda, quia daretur facultas filios eius, cui fuit substitutio, excludendi aduersus rationis naturalis dictamen.

12 Ad secundum respondeo, leges posteriores ex veteribus interpretationem accipere, quoties natura earum patitur, vt declarat I.C. *in d.l.1. §. lex Falcidia.*

13 Et quod dicitur de timore insidiarum, omissa responsione Vasq. *lib.2. de success. progress. §. 14. nu. 56.* quæ non tollit difficultatem, dico hunc quidem timorem satis esse ad mouendum legislatorem, vt huic incommodo occurrat, sed non sufficere, vt nos interpretatione id efficere possimus, aduersus omnes interpretandarum legum regulas, quas nimium offendi hac admissa interpretatione ostẽdi.

Concordatur text. in l. 2. §. prius, ff. de vulgar. substit. cum §. sed si quis ita, in eadem lege. *Cap. XXXV.*

1 ADmonent me superiora capita, in quibus sępius meminimus, *l.2. ff. de vulg. subst.* vt explicem eam *in §. prius*, locus enim obscurissimus est, de cuius sensu nouissimè egit Clarissimus Senator Paulus Bellon. *in tract. de potest. eorum, quæ incontinenti fiunt, c.*188. eius verba hæc sunt.

2 *Prius autem debet, quis hæredem sibi scribere, deinde filio suo substituere, & non conuertere ordinem scripturæ. Et hoc Iulianus putat, prius sibi debere, deinde hæredem filio scribere. Cæterum si ante filio, deinde testamentum sibi faciat non valere, quæ sententia Imp. nostri rescripto ad Lupum Britanniæ Præsidem comprobata est, & meritò, constat enim vnum esse testamentum, licet duæ sint hæreditates.*

3 Perpende illa verba, *& non conuertere ordinem scripturæ*, & illicò condemnabis Alciat. Sententiã in princip. huius *l. nu.24.* qui dicebat, necessarium quidem esse quò ad voluntatem testatoris hunc ordinem obseruare, in scriptura verò testamenti nequaquam eum esse obseruandum.

4 Perpende etiam rationem illam, quam in comprobationem rescripti adfert I.C. dum ait, *& meritò: constat enim, vnum esse testamentum, licet sint duæ hæreditates*, confirmare id, quod dixerat: cum enim vnicum sit testamentum, & ex testamento patris pendeat filij testamentum, *vt in ead. l. scribit*

I.C.

I.C. ante §. interdum, abſurdum eſſet fieri prius teſtamentum filij. vide tex. *in §. ante hæredis, Inſt. de leg.* ergo perperam Anto. Goueanus I. C. alioquin acutiſſimus *li. 1 lection. c. 8.* & in commentarijs huius loci putauit eſſe corruptum text. in verbo illo *comprobatã*, legēdumq́ue eſſe *improbatam*: cũ enim ratio, quam I. C. affert in comprobationem reſcripti, apertè pertineat ad prioris ſententiæ confirmationem, manifeſtè ſequitur, veterem lectionem rectè ſe ſe habere.

5 Hinc etiam intelligitur, non ſubſiſtere opinionē, quam ſequitur Bart. & cum eo alij plures relati ab Emanuel. a Coſta *in cap. ſi pater, verſ. veniens, de teſtamen. lib. 6. num. 2.* ſcilicet diſpoſitionē huius tex. non eſſe accipiendam, niſi quando filius fuit exhæredatus: cum enim, & verborum vis, & ratio prædicta contineant caſum, in quo filius fuit inſtitutus, non licebit nobis, eum ex huius legis diſpoſitione eximere; hanc tamen opinionem probauit Cuiac. *in d. l. 2. §. prius*, & ad Vlp. *tit. 23. in fine.*

6 Animaduertendum tamen eſt, non omnem ordinis peruerſionem vitiare teſtamentum, ſed eo tantũ caſu, quo ita ſcriptũ fuit, vt teſtamentũ filij præcedat teſtamētũ quod ſibi pater fecit: hoc enim clarè inſinuat I.C. qui poſtquã dixerat ordinē ſcripturæ non eſſe peruertēdum, hanc elicit ex his, quæ dixerat, concluſionem *cæterum ſi ante filio teſtamentum, deinde ſibi faciat, non valere*, cum enim magna ſit differentia oportere teſtatorem, vt valeat teſtamentum, ſibi prius facere teſtamētum, deinde filio vel eſſe ſatis, ſi a teſtamento filij non inceperit. Primò enim caſu, ſi eodem contextu ſibi fecerit, & filio, teſtamentũ inutile erit. Secundò verò non. Non poſſet excuſari I.C. quòd ex ſuperioribus dictis cõcluſionē huiuſmodi collegiſſet, ſi indiſtinctè, verũ eſſet ordinis peruerſionem teſtamentum vitiare.

7 Idq́ue clarè confirmant verba poſtrema huius l. 2. in quibus I.C. epilogans ea, quæ de dicti ordinis obſeruatione dixerat, ſcribit, *quod igitur dictum eſt ſingulis liberorum ſubſtituere licere, ideò adiectum eſt, vt declararetur non eſſe a filij teſtamento incipiendum.* ait I.C. non eſſe incipiendum a teſtamento filij, ergo non eſt neceſsè pro validitate teſtamēti, vt prçcedat patris teſtamentum, alioquin I. C. epilogans dicta ſuperiora defectiuus fuiſſet non exprimens vim eorum, quæ dicta fuerant.

8 Clariſſimè autem hoc verum eſſe oſtendunt verba illa, *Sed ſi quis ita fuerit teſtatus, ſi filius meus infra decimumquartum annum deceſſerit, Seius hæres eſto, & deinde filius hæres eſto; valet ſubſtitutio, licet conuerſa ſcriptura filij teſtamentum fecerit.* nam cum hæc verba ſubdat, illicò poſt ea, quæ de obſeruatione ordinis ſcripſerat, oſtendit, ſe nullo modo docuiſſe, omnem peruerſionem ordinis ſcripturæ teſtamentum irritare, alioquin ſtultiſſimus eſſet dicendo, teſtamentum valere, *licet conuerſa ſcriptura teſtamentũ filij fecerit.* Nõ ignoro, viros magnos interdũ labi, ſibiq́ue cõtrariari, ſed id accidiſſe in caſu noſtro, nunquã ſinã mihi perſuaderi, error enim eſſet, vel hebete hoïe indignus. Nam I.C. eius, quod in verbis antecedētibus firmauerat, memor, & peruerſionē ordinis agnoſcens, teſtamentũ valere ait.

9 Poſtremò, vt huius ſim ſententiæ, efficit ratio, qua I.C. vtitur ad cõfirmandum reſcriptum Imp. editum in fauorem ſententiæ, quam firmauerat, ſcilicet vnum eſſe teſtamentum, duarum tamen hæreditatum, hæc enim ratio licet euincat, non eſſe a teſtamento filij incipiendum, non probat tamen, eſſe neceſſe præcedere teſtamentum patris.

10 Non omnis ergo peruerſio ordinis vitiat teſtamentum, ſed eo tantum caſu, quo a teſtamento filij initium factum fuit. Hinc intelligimus, cur teſtamentum valeat cum teſtator ita ſcripſit. *Si filius meus intra annum decimumquartum deceſſerit Seius hæres eſto, filius hæres eſto*, licet enim conuerſa ſcriptura teſtamentum factum fuerit, quia tamen eodem tempore pater ſibi, & filio teſtamentum ſcripſit, valet, quia verum eſt, cum a teſtamento filij non inçpiſſe.

11 Verba enim illa. *Si filius meus intra annum decimumquartum deceſſerit Seius hæres eſto*, expreſſam pupillarem continent, quæ tacitam vulgarem ex conſtitutinne Marci comprehendit, *l. iam hoc iure, ff. de vulg. ſubſt.* & ſic eodem tempore ſibi, & filio hçredem ſcribit, quia vulgaris ſubſtitutio continet teſtamentum patris, *vt in Inſt. de pupill. ſubſt.*

12 At dices, quando erit verum, peruerſionem ordinis vitiare teſtamentum, reſpondeo, cum probatum erit, teſtatorem noluiſſe eum ſibi hæredem eſſe, quem pupillo ſubſtituit, iuxta *l. quamuis, C. de impub. & alijs ſubſt.* quando ſcilicet noluit in pupillari contineri tacitam vulgarem.

Subſtitutio Pupillaris facta in teſtamento inter liberos facto, an ſuſtineatur ex l. hac conſultiſſima, §. ex imperfecto, C. de teſtam. ordin. *Cap. XXXVI.*

NOn leuis eſt diſputatio, an ſubſtitutio pupillaris in teſtamento inter liberos facta valeat, in qua varia ſunt noſtrorum placita.

1 Prima opinio eorum eſt, qui indiſtinctè valere eã aſſerunt, ſic ſenſerunt Franciſc. Aretin. *in l. 2. col. 6. ff. de vulg. ſubſt.* vbi Ripa *num. 28. verſ. mihi placet.* Socin. iun. *a num. 69.* Polit. *de ſubſt. pupill. num. 43.* Leon. *eodem tract. a num. 162.* quam ſententiam probabiliorem eſſe aſſerit Coraſ. *in l. ſi teſtamento, num. 19. C. de impub. & alij ſubſt.*

2 Mouetur Aret. quia fauore liberorum introductum eſt, vt teſtamentum imperfectum inter liberos factum valeat, *l. final. C. famil. erciſcund. l. hac conſultiſſima, §. ex imperfecto, C. de teſt. & Auth. de imperfect. teſt.* ergo id trahi debet etiam ad pupillarem, quæ in vtilitatem pupilli fit, *l. ſi pupillus 42. ff. de acq. hæred.* & declaraui cap. 25.

3 Et licet commodum hæreditatis pertineat ad extraneum, tamen non debet nocere, quia eius cõmodum per ſe non reſpexit teſtator, ſed tanquam medium aptum ad prouidendum pupillo, quæ ratio tanti momenti eſt, vt edictum de legatis præſtandis in fauorem quarundam perſonarum introductum, *l. 1. ff. de leg. præſtan.* habeat locum, cum legatum factum fuit perſonæ in edicto non comprehenſæ; ſi modò emolumentum legati pertineat ad aliquam ex dictis perſonis, *vt in l. 3. de leg. præſt.*

4 Eadem ratione factum eſt, vt priuilegiũ conceſſum perſonç interdũ ad eius ſeruos pertineat, *l. non alias 24. §. 1. ff. de iud.* Bart. *in tract. repreſal. q. 7. nu. 7. in fi.* Bald. *in Auth. habita, C. ne filius pro patr. n. 5.*

Quorum

5 Quorum omnium ratio est, quia ad dijudicandum in cuius fauorem quid tendat, debet agentis intentio inspici, *l. qui exceptionem. 40. in princip. ff. de cond. indeb.*

6 Secundò pro hac opinione adducit Politus hoc argumentum constat, hanc substitutionem esse sequelam, & accessionem testamenti paterni, *§. liberis, Inst. de pupill. subst.* ergo ad instar testamenti paterni valere debet, accessorium enim sequitur naturam sui principalis, *c. accessorium, de reg. iur.* maximè, quia nulla adesse videtur ratio differentiæ inter pupillarem substitutionem, & testamentum patris, quò ad rem nostram.

7 Hæc opinio reijcitur a Bart. *in d. l. a. num.* 18. & ab alijs communiter, & iure meritò, leges enim, quæ constituunt, testamentum imperfectum, si inter liberos factum fuit, valere: disertè declarant, hoc habere locum, quò ad ea quæ filijs relicta fuerunt, & non pertinere ad id, quod personis extraneis relinquitur. Audi Constant. *in l. si. C. fam. ercis. Si verò in huiusmodi voluntate* (sunt ipsius verba) *designatis liberis alia sit mixta persona, certum est illam voluntatem, quãtum ad illam duntaxat personam præmissam pro nulla haberi*, concordat tex. *in d. §. ex imperfecto*, in illis verbis. *Si verò in huiusmodi voluntate alia sit extranea persona mixta, quantum ad illam duntaxat personam pro nullo haberi, sed pro liberis accrescere*, & his etiam assentitur Iustin. *in Auth. de imperfect. test. §. si tamen vxor.*

8 Itaq. ex vi verborum non possunt Aretin. & sequaces in prædictis legibus pupillarem, de qua agimus, continere, sed ad mentem eos cõfugere oportet. Vt autem ex mente id consequi valeant, oportet prius constituere, ad fauorem filiorum, has cõstitutiones fuisse introductas; nam si in fauorem patris eas factas fuisse admittamus, non licebit deindè eas ad rem nostram trahere aduersus vim verborum, quia substitutio ad vtilitatem filij pertinet, non patris.

9 Affirmare autem ad fauorem liberorum sic cõstitutum fuisse haud difficultate caret; cum enim magis filijs expediat ab intestato succedere, quam ex testamento, non videtur eis vtile, quod latior fiat facultas testandi, quæ patri data fuit. Cumq. eo casu, quo filij æqualiter instituti sunt, nulla possit dubitatio nasci circa scripturam patria, quę hoc modo eos vocauit, cur Iustin. *in Auth. de test. imperfect.* tot verba effunderet, vt dubitationibus occurrat, quæ ex huiusmodi testamentis inter liberos, non ritè factis, nasci possunt? itaque vanum laborem sumpsisset Iustin. si oporteret patrem in hoc testamento filios æqualiter vocare: ergo ne inaniter laborauisse dicamus affirmare oportet, testamentum inter liberos conditum valere, etiamsi inæqualiter fuerint filij instituti, quod placuit multis, ac grauissimis interpretibus. vide M. Anto. Natt. *cons.* 612. Card. Mantic. *de coniect. lib. 6. tit.* 2. *a num.* 16. D. Fachin. *lib. 4. c.* 2. Card. Seraph. *decis.* 810. *num* 10. Ant. Fab. *decade 35. errore 3. num.* 10. Id autem si admittamus, quomodo verum erit, has constitutiones editas fuisse in fauorem filiorum?

10 Sed indulgeamus Aretino, & socijs in fauorem filiorum sic constitutum fuisse, quid tamen hinc sequitur contra nos? nihil vtique, cum non expediat pupillo sic fieri substitutionem pupillarem, vt substituto nota fit. *§. sin autem formidolosus, Inst. de pupill. subst.* & disertè explicat Caius *in Inst. lib.* 2. cuius verba retuli supra c. 25. num. 2. Non expedit etiam in huiusmodi imperfectis testamentis sibi fieri posse pupillarem substitutionem, quia hominum malitiæ, ac fraudibus exposita sunt, quas vt euitare ciues possent prudentissimè tot solemnia veteres excogitauerunt, *l. final. C. de fideicom.*

11 Non obstant adducta in contrarium. Nam pro responsione, & declaratione primi argumenti animaduertẽdum est, differre inter se ob commodum filiorum fuisse introductum, vt testamentum inter liberos factum, sustineatur, & in honorem eorum id fuisse constitutum: primò enim casu satis esset emolumentum ad eos etiam mediante persona extranea peruenire: secũdò verò casu nequam. Nam edictum de legatis præstandis, in quarundam personarum honorem introductum, non obtinet, cum legatum factum fuit alteri, etiam si emolumentum ad eas personas peruenerit, vt disertè probat tex. *in l. 3. ff. de legat. præstan.* dum ait, *cæterum si seruo eorum fuerit ascriptum, nõ debetur, neque enim quærimus, cui acquiratur, sed cui honor habitus sit*; nec contrarium dicit tex. *in vers. hoc amplius*, quia nominatim in edicto continentur fideicommissa, quæ testator reliquit, *vt in d. l. 1. ff. de leg. præstand.*

12 Itaque vt argumentum ex aduersò factum valeat, oportet prius probare has leges, non in honorem filiorum, sed ad commodum eorum fuisse cõstitutas; hoc autem probari nõ potest. Primò, quia maius commodum filiorum est, ab intestato patria hæreditatem possidere. Secundò, quia non procedit dictarum legum dispositio in omnibus liberis, sed in illis tantum, qui sui hæredes sunt, vt clarè legitur *in l. final. in princ. C. famil. ercifcund.* si enim commodum filiorũ respicerent, constituenda hæc differentia non erat a Constantino, id enim, quod relinquebatur nepotibus pleno iure patri eorum tunc acquirebatur, *l. placet, de acq. hæred. l. cum oportet, C. de bon. quæ lib.*

13 Ad secundum respondeo, euidentem esse rationem diuersitatis, quia testamentum patris ad fauorem filiorum factum fuit, pupillaris autem substitutio continet personam extraneam, quam inter liberos admisceri vetant constitutiones; & hæc de prima opinione dixisse satis sit.

14 Secunda opinio est, quam excitauit Socin. sen. *in l. a. num. 11. ff. de vulg. subst. sequitur q.* Coras. *in l. si testamento, num. 19. C. de imp. & alijs subst.* is distinguebat duos casus. Primus est, cum pupillus fratres habet, secundus, cum eis caret; primo casu negat substitutionem valere; secundo verò affirmat.

15 Fundamentum huius sententiæ positum est *in l. hac consultissima, §. ex imperfecto, C. de testam. ord.* dũ ibi statuitur id, quod relictum fuit in testamẽto inter liberos personæ extraneæ, liberis accrescere, hinc enim sequitur, in fauorem eorum statutum fuisse, ne persona extranea admisceretur, ergo cum testator vnum filium habet, pupillum scilicet, debet valere pupillaris substitutio, in qua extraneus vocetur, alias, quod in fauorem introductum est, in odium retorqueretur.

Hæc

16 Hæc opinio ex eiſdem fundamẽtis reprobatur, quò ad eum caſum, quo ſubſtitutionem valere admittit, ex quibus præcedens opinio reiecta fuit; itaque id vnum ſupereſt, vt ad argumentum, quo nititur Socinus, breuiter reſpondeamus, ex eoque tollitur, quòd non fuit ſpecialiter cõſtitutum in fauorem filiorum, ne teſtamentum inter liberos conditum, quò ad extraneas perſonas in eo admixtas, valeret, ſed id totum profluit ex veteris iuris ſanctione, qui teſtamẽtum ſolemnibus iuris carens inutile ſit, *l. ſi vnus, C. de teſt. ordinan. cum ſimilibus.* & ideò ad hanc rem non pertinet regula *l. quod fauore, C. de legib.*

17 Tertia nunc ſuccedit opinio, quæ diſtinguit inter perſonas, quas teſtator pupillo ſubſtituit, ſi enim aliquem ex liberis ſubſtituerit ſubſtitutio valet, ſi extraneum vocauerit inutilis erit. Ita Bart. *in l. 2. num. 18. ff. de vulg. & pupill. ſubſt.* vbi Alex. *num.* 21. Iaſ. *num.* 24. Alciat. *num.* 25. *verſ. ſed hac ego.* Vaſq. *de ſucceſſ. progreſſ. lib. 2. §. 14. num.* 117. Trentecinq. *de ſubſt. p. 2. c. 13. num.* 2. Rota apud Card. Seraph. *deciſ.* 820.

18 Dum hæc opinio ſubſtitutionem non admittit, quando extraneus ſubſtitutus fuit, nititur ijs legibus, quæ contra Aretin. opinionem adducta fuerunt, dum verò admittit, eam valere, quoties fuit ſubſtitutus aliquis ex liberis, huic ratiocinationi ſubnixa eſt: conſtat voluntatem patris imperfectã inter liberos valere, ergo & in caſu noſtro valebit, cum pupillaris ſubſtitutio, quæ eſt pars teſtamenti paterni, *l. Papinianus, §. ſed nec impuberis, de inoff. teſtam. l. 2. §. prius, ff. de vulg. ſubſt.* ſit facta inter liberos.

19 Vt argumentum, quod plurimum vrgere videtur clarè, & dilucidè explicem, animaduertendũ eſt, Conſtantinum Magnum primum omnium ſtatuiſſe, vt voluntas patris, inter liberos facta, obſeruaretur etiam ſi imperfecta eſſet; cuius conſtitutio relata fuit a Compilatoribus *in tit. C. famil. erciſc. in l. final. edita*, poſtea facta fuit alia conſtitutio hac de re, ſcilicet *l. hac conſultiſſima, §. ex imperfecto, C. de teſtam. ordinand.* vt ius a Conſtantino introductum ad matrem extenderetur, vt teſtatur Iuſtin. *Auth. de imperfecto teſt. in principio*, qui deinde prædictam conſtitutionem edidit ad tollendas dubitationes, quæ ex primis conſtitutionibus oriebantur.

20 Itaque cum prima conſtitutio Imper. Conſtantini loquatur de voluntate patris de rebus ſuis diſponentis, vt ex eius initio patet ibi, *Inter omnes duntaxat hæredes ſuos*, & in illis verbis, *licet ab inteſtato liberi vocentur*, conſequens eſt prædictas poſteriores conſtitutiones, quæ in hac parte a primæ cõſtitutionis tenore clarè non recedunt, in eiſdem terminis eſſe accipiendas.

21 Ergo vt pupillaris ſubſtitutio in his cõtineatur, oportet per interpretationem extenſiuam id introducere, extenſioni autem multis ex cauſis locus eſſe non debet. Primò, quia conſtitutiones iuris rationi aduerſantur *l. ſi vnus, C. de teſtam.* & clari iuris eſt, ergo extenſionem non admittunt, *l. quod verò, ff. de legib. l. quod contra, ff. de reg. iur.*

22 Item facultas teſtandi pro pupillo iuris rationi aduerſatur, vt expoſui c. 26. & ideò eum ab initio ſic fuerit conceſſa, vt adhibitis ſolemnibus conficeretur *l. ſecunda, ante §. interdum, ff. de vulg. ſubſt.* & manifeſti iuris eſt, oportet conceſſionem extendere, vt ſi inter liberos facta fuerit valeat, etiam ſi non ritè fuerit facta.

23 Tertiò, vt huic ſententiæ non aſſentiar facit, quia non videtur admittendum, has conſtitutiones in fauorem parẽtum editas ad pupillarem ſubſtitutionem extendi, hæc enim ad commodum pupilli, ſit, vt patet ex ijs, quæ explicaui c. 25.

24 Poſtremò, & hoc, vt mihi videtur, rem clariſſimam reddit, hæc extenſio non eſt admittẽda, quia id damno eſſet pupillo. Primò, quia periculoſum eſt, ſic fieri ſubſtitutionem, vt innoteſcat ſubſtituto, *§. ſin autem ita formidoloſus, Inſt. de pupill. ſubſtit.* Caius I.C. *lib. 2. Inſt. tit. 4.* cuius verba retuli, *cap. 25. num.* 2. Secundò, quia huiuſmodi teſtamenta inter liberos abſque ſolemnibus facta fraudibus expoſita ſunt, ad quas tollendas iuris noſtri auctores ſolemnia in illis conficiendis adhiberi voluerunt, *l. final. C. de fideicom.*

25 Quarta ergo, & verior opinio eſt illa, quam proponit Salicet. *in l. ſi teſtamento, num. 8. C. de imp. & alijs ſubſt.* quod ſcilicet pupillaris ſubſtitutio in teſtamento inter liberos facta non valeat, quam opinionem nullus, quem viderim, ex noſtris approbat, & immeritò. Satis enim clarè ex iuris veteris regulis probatur, a quibus poſteriores conſtitutiones receſſiſſe, quando agitur de teſtamento inter liberos, non fuit hucuſque probatum.

Subſtitutio pupillaris nulla ex defectu ſolemnium iuris ciuilis, nunquid ſit obſeruanda in foro pœnitentiali. Cap. XXXVII.

INterdum accidit, ſubſtitutionem pupillarem inutilem eſſe, quia deficit aliqud ex ſolemnibus iuris ciuilis, non inutiliter autem dubitatur, an in foro pœnitentiali ab hærede veniente ab inteſtato ſit obſeruanda, hoc eſt, an ſine labe peccati poſſit hæreditatem pupilli retinere, quam dubitationem cum a nemine explicatam reperierim haud alienũ ab inſtituto noſtro exiſtimaui eã his libris inſerere.

1 Quod autem indiſtinctè obſeruanda ſit in foro conſcientiæ voluntas teſtatoris pupillo ſubſtituentis, etiam ſi deficiant iuris ſolemnitates, vrgere videtur tex. *in l. final. C. de fideicom.* dum Iuſtin. eius auctor clarè profitetur eas ſolemnitates, quæ in teſtamentis ius Rom. exigit, ideò inuentas fuiſſe, vt ſalua ſit voluntas teſtatoris, quæ fraudibus expoſita eſſet, ſi teſtamenta abſque tot ſolemnitatibus

2 fieri poſſent; & re vera ita res ſe ſe habet, quicquid enim circa teſtamenta conſtitutum eſt id omne introductum fuit, vt teſtatoris voluntas effectum ſortiatur, vide tex. *in l. quoniam indignum, C. de teſtam. l. ambiguitates, in fine, eod. tit. in l. 2. verſ. & nemo moriens, C. com. de legat. in Inſt. de legat. § ſed noſtra conſtitutio, in Auth. de hæred. & Falcid. in prin*

3 *cip.* & ideò cum in legibus noſtris cautum eſt, ne hæreditas adeatur ex eo teſtamento in quo aliqua ſolemnitas deficit, non in odium teſtatorum, ſed in fauorem ipſorum introductum fuit, ne falſis teſtamentis mali homines, ijs auferent hæreditatem, ad quos eam voluit peruenire teſtator. Ita enim malitia

malitia hominum excreuit, vt oporteat aliqua testamenta, quæ ſine ſolemnibus facta fuerunt, perire, ne omnia malorum hominum audaciæ, & dolis exponantur; id tamen inuitus concedit legislator, immò verò patitur inuitus, prædicta teſtamenta perire, ijs enim, ſi poſſet ſine magno incommodo, opem ferret. Itaque hæredes venientes ab inteſtato, qui ſciunt teſtatorem diſpoſuiſſe ea, quæ in teſtamento imperfecto ſcripta reperiũtur, non ſatiſfaciunt menti legislatoris vindicando hæreditatẽ, immò eius intentioni aduerſantur: legislator enim hoc vnum quærit, vt teſtatoris voluntas ſalua ſit, ergo in foro pœnitentiæ non poterunt vti auxilio legum vocantium ad ſucceſſionẽ ab inteſtato proximiores teſtamento imperfecto exiſtente.

4 Qua ratione veriſſimam exiſtimo eorum opinionem, qui aiunt, hæredes ab inteſtato venientes, & hæreditatem vindicantes, qui pro comperto habent, teſtamentum ſolemnibus carens a defuncto factum fuiſſe, non poſſe in foro pœnitentiali hæreditatem huiuſmodi retinere, quam opinionem eo libentius ſequor, quod eam amplectitur Clariſſimus I.C. ac Præceptor meus D. Fachin. *lib.4.c.5.*

5 Hac ratiocinatione non obſtante, puto indiſtinctè verum non eſſe debere venientes ab inteſtato, ſubſtitutionem pupillarem inutilem ex defectu ſolemniũ in foro pœnitentiæ obſeruare, ſed eo tantũ caſu, quo non immeritò teſtator eis prætulit ſubſtitutum pupillarem.

6 Quæ res vt bene percipiatur, meminiſſe oportet, non alia de cauſa fuiſſe datam poteſtatem patri ſubſtituendi pupillariter, quam vt venientes ab inteſtato excludantur, cum damno eſſet impuberi filio eos habere ſucceſſores, vt expoſui c.25. licet enim lex liberam reliquerit poteſtatem parenti excludendi venientes ab inteſtato, non tamen id factum eſt, quia auctor legis vellet eos abſque cauſa excludi, ſed quia alias non poterat pupilli incolumitati prouideri: cum enim nõ poſſit difiniri, quos expediat excludere ab hæreditate impuberis, non poterat eius ſaluti conſuli, niſi relicta libera poteſtate patri ſubſtituendi.

7 Patitur ergo legislator, venientes ab inteſtato ſine cauſa excludi, ne pupillus periclitetur, nollet tamen patrem poteſtate ſibi data abuti, nam nimis abſurdum eſt, beneficium quibuſdam perſonis ſuccedendi ab inteſtato datum a legibus iuſtiſſimis ex cauſis, poſſe ab eo pro voluntatis arbitrio aufferri: patitur tamen, ne maius abſurdum ſequatur, vt pupillus vitæ periculum, ea de cauſa adeat, quia legis auctoritate mali, ſibique inſenſi homines ad ſucceſſionem eius vocantur.

8 Ergo legislator, ſi poſſet rationem inuenire deprehendendi, nunquid pater abuſus fuerit ſacultate ſibi conceſſa, id faceret, ergo ſi venientes ab inteſtato ſibi conſcij ſint, nullam dediſſe idoneam ſuſpicionis cauſam patri pupilli, vt ab ijs, quid mali ſuſpicaretur, non aduerſabuntur menti legislatoris petendo hæreditatem pupilli, cum hoc deficiente clarum ſit, eos a patre pupilli inique ab eius hæreditate excluſos fuiſſe.

9 At dices fures, qui non ſunt, occaſione fiunt. Reſpondeo in primis teſtatori non deeſſe rationem huic incommodo prouidendi, eam ſcilicet, quam docet Imper. *in §. ſin autem ita formidoloſus, Inſtit. de pupill. ſubſt.* Deinde non eſſe de hominibus Chriſtianis, tam facilè ſuſpicandum, ne grauiſſima ſcelera, quæ reſtitutionis onus annexa habent, mente concipiant, & ad exitum perducant, & ideò nullo modo hæc ſuſpicio in foro conſcientiæ ſatis eric ad excuſandum patrem, quòd venientes ab inteſtato ab hæreditate pupilli excluſerit.

10 Si verò hæredes venientes ab inteſtato, ſe occaſionem præſtitiſſe cognouerint, patri de ſalute pupilli dubitandi, ſi ad ipſos ab inteſtato hæreditas pertinuiſſet; nempè, quia perditis moribus imbuti, luxurioſè nimis, & intemperanter viuebant, vel proprium patrimonium profligando, vel inſenſos ſe rebus pupilli oſtendendo, vel alijs modis patri pupilli ſe ſuſpectos reddiderunt. Qua de re, prudentis viri iudicium erit, tunc in foro pœnitentiali nequaquam eos poſſe puto, hæreditatem pupilli vendicare, ſi modo voluntas patris ipſis nota ſit, nullamque fuiſſe fraudem commiſſam pro comperto habeant; tunc enim ratio illa vrget, quam attulimus: in quam ſententiam multa huc transferri poſſent ex commentarijs DD. qui explicant, an teſtatoris voluntas non ſolemnis in foro conſcientiæ ſit obſeruanda, quæ omitto, nam hæc ſufficere exiſtimo. Si quis plura deſiderat, adeat D. Fachin. loco annotato, & Capiferreum in tractatu de numero teſtium in teſtamento requiſito, in quibus locis ea explicata reperies, quæ huic noſtræ opinioni aduerſari videntur.

Pupillaris in codicillis, an fieri poſſit ad fauorem venientium ab inteſtato. Cap. XXXVIII.

1 SVbſtitutionem pupillarẽ fieri poſſe in codicillis ad fauorem veniẽtiũ ab inteſtato, ſentiunt Bar. *in l. militis, ff. de milit. teſt. in l. hac conſultiſſima, §. final. num. 3. C. de teſtam.* & alij, de quibus Alexand. *ibi num. 7.* Iaſ. *num. 3.* Aretin. *in Auth. niſi inter liberos, in 1. not. C. de teſtam. ordinan.*

2 Mouetur Bart. *ex d. l. militis*, dum ait, licere militi hæreditatem deferre in codicillis, hinc enim ſequitur licere etiam in illis hæreditatem pupilli deferre eis, qui ab inteſtato ſucceſſuri ſunt, cum ad fauorem iſtorum teſtamentum valeat, quomodocunque confectum ſit, *l. final. C. famil. herciſcund. l. hac conſultiſſima, §. ex imperfecto, C. de teſt. Auth. de imperfect. teſt.*

3 Nihil eſt; nam quod in his legibus continetur, non pertinet ad omnes, ab inteſtato venientes, ſed ad quoſdam tantum. vide tex. *in d. l. final. in princip.* & ideò non faciunt ad rem noſtram, cum de omnibus ab inteſtato venientibus agamus.

4 Præterea his legibus ſolum relaxatur ordinationis ſolemnitas, *vt in d. l. final. verſ. ſiue ceptum, & verſ. etiam ſi, & in d. §. ex imperfecto, & in d. Auth. verſic. nos igitur, & verſic. & harum, & verſic. reliquam.* & ideò ad rem noſtram non pertinent, cum quæramus de re valde diuerſa, an ſcilicet hæreditas pupilli deferri poſſit in codicillis.

5 Secundum argumentum deducitur *ex l. hac conſultiſſima, §. final. C. de teſtamen.* Reſpondeo facilius eſſe actum deſtruere, quam facere. vide tex. *in l. ſi vnus, C. de teſtam. in l. 3. §. final. ff. de adimend. legat.* &

S ideo

ideò non valet conſequentia, hæreditas in codicillis ad fauorem venientium ab inteſtato aufferri poteſt, ergo etiam in codicillis eiſdem dari poterit.

6 Tertiò ſic arguit Aretin. fauor filiorum efficit, vt diſpoſitio, quę facta fuit inter liberos iure codicillorum valeat, ſi non poteſt in vim teſtamenti ſuſtineri, gloſſ. *in l. cohæredi, §. cum filia, in verbo valuit, ff. de vulg. & pupillar.* ergo etiam efficere poterit, vt diſpoſitio, quæ iure codicillorum non valet, vt teſtamentum ſuſtineatur.

7 Nihil eſt, vt enim multa prætercam, iſtud argumētum ſolum probat ad fauorem filiorum teſtatoris, nos autem de omnibus ab inteſtato venientibus agimus.

Deinde mala conſequentia eſt, teſtamentum interdum ſuſtinetur vt codicillus, ergo, & codicilli valebunt interdum vt teſtamētum; nam teſtamentum tanquam magis perfecta diſpoſitio id in ſe cōtinet, quod ad conficiendos codicillos neceſſarium eſt, codicilli verò nunquam id habent, quod in teſtamento neceſſario exigitur.

8 Quartò ſic arguit Iaſ. militi permiſſum eſt in codicillis hæreditatem dare, quia in eius diſpoſitione ius gentium cōſideratur, ergo idem in caſu noſtro, cum enim agitur de teſtamento ad fauorem veniētium ab inteſtato facto iuris ciuilis rigor ceſſat.

9 Multos continet errores hoc argumentum, quibus omiſſis, dico facultatem ſubſtituendi pupillo ex iure ciuili deſcendere *l. 2. de vulg. & pupillar.* & ideò nihil referre, quid iure gētium cautum fuerit.

10 Contrarium ergo tenendum eſt, in codicillis ſubſtitutionem hanc ad fauorem venientium ab inteſtato fieri non poſſe ex regula *l. Sceuola, ff. ad S. C. Trebell.* vbi diſertè habetur pupillarem in codicillis factam non valere, quam ſententiam ſequuntur Bald. *in l. filij, num. 3. C. famil. hercisc.* vbi Salic. *num.* 8. Bald. *in l. hac conſultiſſima, num. 5. C. de teſt. ordin.* & alij, de quibus Alex. & Iaſ. *loco, quem indicaui.*

Ad l. precibus, C. de impub. & alijs ſubſt.
Cap. XXXIX.

MAgni refert penitus, & in cute penetrare intellectum *l. precibus, C. de impub. & alijs ſubſt.* cum ad inſignium quęſtionum deciſionem hæc lex pertineat; eius autem ſingulas partes examinabo, & ſi fieri poterit clarè explicabo, omiſſis multis interpretationibus, quas Doctores attulerunt, cum ad legem obſcurandam magis, quàm illuſtrandam idoneæ ſint.

1 *Precibus tuis manifeſtius exprimere debueras* (hoc eſt initium legis) *maritus quondam tuus miles defunctus, quem teſtamento facto hæredem communem filiū veſtrum inſtituiſſe proponis, & ſecundum hæredem ſcripſiſſe, vtrum ne in primum caſum, an in ſecundum filio ſuo, quem habuit in poteſtate mortis tempore, ſi intra decimumquartum ætatis ſuæ annum, aut poſtea deceſſerit, ſubſtituerit.*

Ex his verbis (quod etiam inſcriptio indicat) cognoſcimus iſtud eſſe reſcriptum mulieri redditum, quæ ſcire cupiebat, an ab hæreditate filij mortui a ſubſtituto, quem ei dedit pater, excluderetur, & quia non fuerat ab ea expreſſum, in primum, an in ſecundum caſum ſubſtitutus fuiſſet datus, Imperatores eam redarguunt, quòd nimis obſcurè loquuta fuiſſet; ex quo facilè intelligimus reijciendas eſſe eorum interpretationes, qui abſtruſos quoſdam ſenſus, & a communis ſermonis vſu alienos afferunt; non enim excuſari poſſent auctores huius reſcripti, ſi a modo vſitato loquendi recederēt, dum mulierculæ reſcribunt, quæ res notanda eſt, quia hæc ſola animaduerſio ad explodendas plurimas noſtrorum opiniones, ſatis eſt; dum in explicandis Principum reſcriptis, quibus libri Codicis ſunt referti, nimis acuti ſunt, ac ſubtiles, hæc enim cum imperitis redderentur vt plurimum, aperto ſermone conſcribebantur; quis enim feret Principem in reſcriptis abſtruſis quibuſdam loquendi modis vtentem, vt reſcriptum ad interpretationem iuris redditum, interprete indigeat?

a *Nam non eſt incerti iuris*, (ſequuntur verba legis) *quod, ſi quidem in patris militis poſitus poteſtate, primo tantum caſu habuit ſubſtitutum, & patri hæres extitit, eo defuncto, ad te omnimodò eius pertineat ſucceſſio.*

Dixerant Imperatores multum referre, an in primum caſum, an in ſecundum datus fuerit ſubſtitutus, modò explicant differentiam, quæ eſt in vtroque caſu, & in primis incipiunt exponere quid iuris ſit, quando in primo caſu datus fuit ſubſtitutus, & aiunt, *quod ſi primo tantum caſu datus fueris, & filius adierit hæreditatem, omnimodò ſucceſſio ad matrem pertinebit.*

Magna eſt contentio noſtrorum circa intellectū horum verborum, an ſcilicet tex. loquatur, quando ſimpliciter facta fuit vulgaris ſubſtitutio, an vero quando reſtrictè, & limitatè facta fuit, ita vt ad ſecundū caſum non extendatur, quod verius ego puto; taxatiua enim illa dictio *tantum* fuiſſet ſuperuaceneè poſita, quod non eſt credendum cum ageretur de deciſione caſus adeò frequentis, magnas enim dubitationes excitare poterat, mulierq. redarguere Imperatores potuiſſet eo modo, quo ab ipſis reprehenſa fuit.

Itaque ne muneris ſui immemores fuiſſe dicamus Imperatores, ſeu Iureconſultos, qui ipſis in conſcribendis reſcriptis operam nauabant, melius eſt dicere, non ſine miſterio fuiſſe appoſitam huiuſmodi dictionem reſtrictiuam, cum enim ex Marci conſtitutione receptū eſſet, vt qui in alterū caſum ſubſtituit, in vtrumque ſubſtituiſſe cenſeatur, *l. iam hoc iure, ff. de vulg. ſubſt.* non poterat fieri ſermo de vulgari ſimpliciter facta, quin de ſubſtitutione in vtrūque casū facta ſermo haberetur; quod non erat conueniens diſtinctioni propoſitæ, in qua conſiderabatur vulgaris contradiſtincta a pupillari, & ſic quatenus non continet pupillarem; oportuit ergo aliquo modo exprimere in hoc primo diſtinctionis membro non habere ſermonem de vulgari continente pupillarem, idque commodiſſimè factum fuit per dictionem illam taxatiuam.

3 Quæ ſententia validiſſimè confirmatur, quia in hac lege nulla fit mentio differentiæ, quæ vulgo conſtituitur inter tacitam, & expreſſam pupillarē, dum de excluſione matris agitur, quod non ſine culpa eſſet auctorum huius legis ſi differentia hæc eſſet ſecundum mentem conſtitutionis Marci, & Veri, dū enim dicunt mulierem exprimere debuiſſe, an

se, an in primum, an in secundum casum facta fuerit substitutio, nullamque faciunt differentiam, an in secundum casum tacitè substitutus datus fuerit, an expresse, maximam relinquunt occasionem credendi, hoc nihil referre; nam si secus esset id erat exprimendum ne ipsi, qui mulierculæ obscuritatem obiciunt, in idem crimen inciderent.

Cuius rationis vim non eleuant illi, qui dicut id expressum fuisse, dum dicitur *matrem omnino succedere, cum in primum tantum casum datus fuit substitutus.* Nam cum dictio illa *tantum* secundum consuetum modum loquendi ostendat, ibi sermonem haberi, non de vulgari substitutione simpliciter facta, sed de vulgari primū casum tātū continēte, vel no luerunt his verbis Imperatores exprimere id, quod aduersarij dicunt, vel rem explicatione dignissimam, obscurissimè dixerunt, quod intolerabile esset multis ex causis, præsertim quia mulieri rescribunt, & res explicatione non egentes clarè, & dilucidè in eadem lege exposuerunt.

4 Sunt, qui dicunt de testamento militis hic agi, in cuius dispositione non est locus constitutioni Marci, & ideò nō fuisse cur de tacita pupillari ageretur, sed ab istis ego quæro, cur ergo addita fuit illa taxatiua dictio *tantum?* an vt ostenderent substitutionem a milite in primum casum factam non continere pupillarem? nequaquam: modus, enim loquendi planè ineptus fuisset, & obscurissimus, quis enim volens exprimere in vulgari substitutione facta a milite non contineri pupillarem maximè rescribens mulieri, sic loqueretur? *Si verò substitutio &, in secundum casum* (sunt verba tex. quæ subsequuntur) *vel expressa, vel compendio, non vsque ad certam ætatem facta reperiatur, si quidem intra pubertatem decesserit eos habeat hæredes, quos pater ei constiterit, & adierint hæreditatem; si verò post pubertatem, tunc te eius successionem obtinente, veluti ex causa fideicommissi bona, quæ cum moreretur patris eius fuerint, a te peti possunt.* His verbis declaratur secundum membrum distinctionis propositæ, quādo fuit datus substitutus in secundum casum, & quid iuris tunc sit explicatur; id autem, vt intelligamus oportet prius intelligere, an in vers. *siue expressa* sit legendum *vel compendio*, vt legūt Dec. & Cuiac. *in d. l. precibus*, & Ant. Faber *lib. 15. coniect. c. 10.* D. Facbin. *lib. 4. c. 43.* an verò sit legendum *compendiosa*, vt vulgò legitur.

5 Id autem antequam explicemus, nō omitto varietatem lectionis huius adsuisse etiam tempore Odofredi discipuli Azonis, nam ipse *in dicta l. precibus*, testatur prædictum versiculum varias habere lectiones, alijs legenribus compendio, alijs verò compendiosa; ego non dubito esse legendum compendio. Video enim Imperatores hoc in loco constituere differentiam inter expressam, & compendio factam substitutionem, cum dicant *siue expressa, siue compendio*, & ideò loquitur de substitutione, q̄ ab expressa differat; & sic de tacita substitutione, hæc enim sola in proposito ab expressa substitutione contradistingui potest. Ergo perperam accipiūtur illa verba a nostris interpretibus, de substitutione, quæ vulgò cōpendiosa appellatur, quæ vi verborum generaliū plura continet tempora, velu ti cum dictū fuit *quandocunque decesserit filius meus Titius hæres esto*: quandoquidem ista substitutio, ab expressa contradistingui non potest, cum id expressum sit, quod ex vi verborum, clarè, & dilucidè deducitur, adeò enim clarè hæc substitutio in secundum casum facta apparet, vt nulla prorsus ambiguitas oriri possit.

6 Et licet Bart. *in l. 2. ff. de vulg. substit.* & cum eo interpretes distinguant, tres species expressi, cum scilicet expressio in genere sit, cum in specie, & cū in indiuiduo, tamen hæc distinctio vel falsa est, vt reor, vel planè inepta, & prorsus indigna, quæ ab Imperatoribus hoc loco adhiberetur; etenim si referre putabant expressè, an tacitè datus fuerit substitutus, cur hunc casum exprimunt, in quo euidēter ex vi verborum, cognoscitur, testatorem in secundum casum substituisse, omittunt autem illum, quo ex constitutione Marci ex vulgari expressa simpliciter facta, pupillaris elicitur? at dices immò non omittunt cum decidatur in primo distinctionis membro in illis verbis *primo tātum casu*, sed tunc abs te quæro, cur in hoc casu explicando, qui probabili nō caret dubitatione verbis vtuntur val de ambiguis, & obscurissimis, in alio verò casu nullam probabilem accipiente dubitationem verba adhibent clara, & dilucida?

7 Puto ergo reici debere vulgarem lectionem, & legendum esse *siue expressa, siue compendio*. Ideò autem hoc verbo Imperatores vsos fuisse existimo, vt de expressa substitutione, & de ea, quæ in vulgari ex constitutione Marci continetur verba haberent; cum enim dixissent mulierem exprimere debuisse, an in primum casum datus fuisset substitutus, an in secundum, neque dixissent, numquid interesset, an tacitè id factum fuisset, an expressè, & nonnullam dubitationem habere posset, casus ille, quo ex constitutione Marci pupillaris continetur, vt dubitandi occasionem tollerent, hunc casum voluerunt exprimere, illis verbis *siue compendio*, substitutio enim compendio facta dicitur, cum vno verbo facta fuit eo modo, quo dixit Ausonius scribens Symaco, *Hæc ad litteras tuas responsa sint, cætera quæ noscere habes compendij faciam*; eodem sensu Plautus in Bachid. 4. 6. dixit *compendio multa verba faciam*. ad idem tendit Quint. *lib. 1. cap. 1.* dum ait, *breuia dicendi compendia mostrare.* Vno autem verbo facta dicitur substitutio hæc, *Titium filium meum instituo, eique Caium substituo*, licet enim verbum substituo suapte natura non minus ad pupillarem pertineat, quàm ad vulgarem, vsu tamen frequenti factum fuit proprium vulgaris substitutionis, ita vt ad pupillarem non possit trahi, nisi ex constitutione. vide tex. *in l. iam hoc iure, vers. quod ius, ff. de vulgar. substitut.* quæ pupillaris, cum ex constitutione contineatur non ex vi verborum recte ab expressa substitutione cōtradistinguitur, & compendio facta dicitur, quia vno verbo testator primum, & secundum casum fecisse dicitur propter constitutionem Marci.

8 Sensus ergo Imperatorum, hic est, quando in secundum casum datus fuit substitutus, siue expressè, siue ex constitutione Marci, tunc inspiciendū erit, vsque ad quod tempus in secundum casum substituerit. Nam si in secundum casum, non expresso tempore substitutum dederit, tunc filio decedente

S 2 intra

intra pupillarem ætatẽ omnia bona pupilli ad ſubſtitutum pertinebunt, & ideò ſubſtitutis adeuntibus hæreditatẽ pupilli, mater omninò excluditur.

9 Non fuit autem ineptè expreſſum neceſſariam eſſe hæreditatis aditionem, cuius etiam meminerunt in primo membro, quia reſcriptum fuit redditum mulieri, quæ iuris ignara opportunè inſtruitur, etiam in re peritis perſpicua.

10 Si verò filius, cui datus fuit ſubſtitutus in ſecundum caſum non expreſſo certo tempore poſt pubertatem deceſſerit, tunc res aliter ſe ſe habet; non enim omnia bona eius ad ſubſtitutum pertinebunt, ſed ea, quæ patris eius, cum obijt fuerunt. Ingens eſt autem dubitatio, quemadmodum ſint intelligenda verba noſtri tex. quibus vltimus hic caſus explicatur; quam, vt explicare valeamus verba eius iterum referre oportet. *Siu verò poſt pubertatem, tunc eius te ſucceſſionem obtinente, veluti ex cauſa fideicommiſſi bona, quæ cum moreretur patris eius fuerant a te peti poſſunt.*

11 Dubitãdi occaſio oritur *ex l. Centurio, ff. de vulg. ſubſtitut.* quæ eandem rem tractans, aliud prorſus obſeruandum eſſe inſinuare videtur, eius verba hæc ſunt.

Centurio filijs, ſi intra vigeſimumquintum ætatis annum vita deceſſerint directo ſubſtituit: intra decimumquartum annum etiam propria bona filij iure com muni capiet, poſt eam autem ætatem ex priuilegio militum patris duntaxat, cum fructibus inuentis in hæreditate.

Vides ex hoc tex. ſubſtitutionem directam a milite poſt pubertatem factam, valere ex priuilegio militum, ergo valet iure directo, ergo aduerſatur noſtro text. in quo dicitur bona a matre velut ex cauſa fideicommiſſi petenda eſſe.

Ego omiſſis multis, varijſque noſtrorum opinionibus illis aſſentior, qui aiunt in noſtro tex tu, non dici ſubſtitutum iure fideicommiſſi ſuccedere, ſed veluti ex cauſa fideicommiſſi, bona teſtatoris, a matre petere debere; inter quos caſus longũ, latumque diſcrimen eſt, primus enim modum ſuccedendi deſignat, ſecundus verò oſtendit modum conſequendi poſſeſſionem bonorum, in quibus ſuc cedit ſubſtitutus; dicitur ergo in tex. noſtro ſubſtitutum non propria auctoritate bona teſtatoris capere poſſe, ſed veluti ex cauſa fideicommiſſi ſuccederet, ea a matre petere debere. Ideò autem ſubſtitutus, de quo agimus ad inſtar aliorum, qui iure directo ſuccedunt, non poteſt propria auctoritate bona accipere, quia oportet ſeparare bona filij a bonis patris, quod cum ſit prius expediendum, quã ipſe aliquid conſequatur, meritò ei denegatur facultas propria auctoritate bona accipiendi, etiam ſi res a nullo poſſiderẽtur, ſed ſtatuitur, ſemper neceſſarium eſſe, vt ad inſtar eorum, qui ex fideicommiſſo ſuccedunt, ab eo petat qui, filij hæres eſt, ex qua declaratione ea ſublata videntur, quæ contra hunc intellectum afferuntur.

12 Vides ergo ex dictis quemadmodum Imperatores Diocletianus, & Maximianus mulierem inſtruant, vt intelligere poſſit, an ex ſubſtitutione facta filio excludatur. Si enim in primum tantum caſum datus fuit ſubſtitutus, tunc filio ipſa ſuccedit, ſi ipſe patris hæreditatem acceperit.

Si verò in ſecundum caſum ſubſtituerit, tunc multum refert, an intra certum tempus ſubſtitutionem teſtator reſtriṅxerit, an nullo expreſſo tempore eam fecerit. Si enim ad certum tempus reſtricta ſit, eo elapſo omninò mater ſuccedit filio. Si verò non fuit ſubſtitutioni tempus præfixum, & tunc ſi pupillus filius deceſſerit, mater omninò excluditur ſuccedente ſubſtituto iure communi ex teſtamento, quod pater ei conſcripſit, quod ſi poſt pubertatem deceſſerit, tunc ex priuilegio militis in bonis teſtatoris ſubſtitutus ſuccedit, quę tamen ab hærede pupilli petere debet, & hic eſt caſus, propter quem ſit mentio in noſtro tex. teſtatorem militem obijſſe.

Non ſunt ergo ſuperuacanea, vt putat A. Faber verba illa, *non vſque ad certam ætatem facta reperiatur*, cum ad prædictam diſtinctionem explicandam neceſſaria eſſent.

Hæc eſt de huius legis ſententia mea opinio, aduerſus quam, & ſi multa variaque argumenta ex Doctorum commentarijs afferri poterunt, eam tamen eruditis probatum iri confido, omnia enim, quæ in hac lege dicuntur, ſimplici, & facili explicatione (quod ante omnia in interpretando reſcripto mulieri reddito obſeruandum eſſe reor) expoſita fuerunt, ex qua acutus lector omnia facillimè diſſoluet, quæ in contrarium afferri poſſunt.

13 Et licet ex hac noſtra explicatione ſequatur excludi matrem per pupillarem ſubſtitutionem, in expreſſa vulgari ex Marci conſtitutione, contentam, quod maximè noſtrorum interpretum parti diſplicet; in ſequenti tamen capite, Deo dante, oſtendam hanc opinionem ex iure noſtro adeò euidenter probari, vt acutis, ac eruditis viris non ſit, vel pauliſper ambigendum quin hæc ſit veriſſima opinio.

14 Aduerſatur etiam hæc noſtra opinio ſententiæ eorum, qui dicunt, in teſtamentis militum non eſſe locum conſtitutioni Marci, vt ſubſtitutio in alterum caſum facta ad alterum trahatur, quod ideò non moror, quia *in l. in teſtamento 6. C. de teſtamen. milit.* ſatis clarè indicatur etiam in teſtamento militis prædictæ conſtitutioni locũ eſſe. Quæritur eo loci, an ſubſtitutio vulgaris duobus hæredibus facta, quorum vnus incapax erat pupillaris ſubſtitutionis ad alterum caſum trahatur, aitque text. *In teſtamento quidem eius, qui non miles fuit, ſi duobus hæredibus inſtituit alteri, cui potuit vſque ad tempus pubertatis parens facere teſtamentum, altero, cui poſteaquam hæres extitit ſubſtituere non potuit, eiſdem verbis ſubſtitutio facta eſt, in eum ſolum caſum locum habere, quo vtrique pari ratione potuit ſubſtitui*; deinde ſequitur, *ſed cum ex teſtamento militis controuerſiam eſſe proponas.*

Vides hic clariſſimè admitti facilius in teſtamento militis ſubſtitutionem vulgarem duobus, quorum vnus tantum pupillaris capax eſt, factam, tacitam pupillarem continere, quam id accidat in teſtamento pagani huiuſque rei ratione ſtatim red dit tex. his verbis. *Iuris ratio manifeſta eſt licere militibus proprio priuilegio, etiam hæredibus extraneis, poſteaquam hæredes extiterint, ſubſtituere.*

Hinc enim tollitur ratio, quæ efficit, ne in prædicto caſu in teſtamento pagani vulgaris cõtineat pupilla-

pupillarem, quod scilicet non videatur testator substitutionem, quam duobus eisdem verbis fecit, diuersemodè intellexisse, cum enim possit miles omnibus hæredibus, post adiam hæreditatem directò substituere, ratio prædicta cessat quoties miles, ei qui pupillaris non est capax, iure militari substituit, & ideò, cum de substitutione, prædicto modo facta in testamento militis agitur, illud solum quæritur, an ei, qui pupillaris incapax est, iure militari substituere voluerit, hoc enim admisso, statim sequitur locum esse constitutioni Marci; & ideò auctores huius tex. post prædictam rationem diuersitatis, quæ est inter testamentum pagani, & testamentum militis, alloquendo hæredem institutum, qui pupillaris incapax erat, quique filiæ testatoris ex tacita pupillari succedere volebat aiũt, *sed tibi probandum est, an ita frater tuus senserit*, id est, an militari iure substituere voluerit, hoc enim est, de quo agitur in verbis præcedentibus, ad quæ manifestè verba huiusmodi referuntur: hoc enim admisso statim sequitur pupillarem in reciproca contineri, eumque, qui filiæ testatoris substitutus fuit, ex tacita pupillari succedere; & ex his facilè est in dubium reuocare ea, quæ ad interpretationem huius legis affert Ant. Fab. *lib. 15. coniect. c. 11. & decade 72. c. 7.* Et hæc sufficiant pro explicatione *l. precibus, C. de impub. & alij substitut.* quæ si loqui posset vsurparet vetus illud dictum, Multitudo Medicorum interfecit me; si scire velis varias, & multiplices nostrorum explicationes, adeas eius interpretes nouos, ac veteres, præcipuè vero Hipp. Riminal. & D. Philippum Massinum, quem immatura mors anno proxime præterito 1617. eripuit, dum Bononiæ primam iuris sedem obtineret magno cum doctrinæ, & eruditionis nomine, quo munere prius Papiæ, & Pisis functus fuerat, consule etiam Iacob. Menoch. *lib. 4. præsumpt.* 52. Iacob. Cuiac. *lib. 11. obser. 25. & 12. c. 27.* D. Fachin. *lib. 4. controuers. c. 43. & lib. 13. c. 75.* Ant. Fab. *lib. 15. coniect. c. 10. & 13.* Gouean. *lib. 1. var. lect. c. a. & in l. Centurio, de vulg. subst.*

Pupillaris substitutio tacita in vulgari comprehensa, an matrem excludat. Cap. XL.

CVm quæritur an mater excludatur a substitutione pupillari subintellecta in expressa vulgari ex Marci Imp. constitutione, de qua *in l. iam hoc iure, ff. de vulg. & pupill. substit.* duæ occurrunt interptetum opiniones, affirmatiua vna, altera ne-
1 gans; postremam hanc plurimi tenuerunt, vt iure receptam appellare possimus, aliam verò perpauci. vide interpretes *ad l. a. & l. Centurio, ff. de vulg. & pupill. substit. ad l. fin. C. de instit. & substit. ad l. precibus, C. de impub. & alijs substit.* Zaz. Polit. *& omnes, qui de substitutionibus commentarios ediderunt, præcipuè* Alex. Trentacinq. *p. 1. c. 12.* Iac. Menoch. *lib. 4. præsumpt. 29.* Cuiac. *lib. 12. c. 27.* D. Fachin. *lib. 4. controuers. c. 40. & lib. 13. c. 76.*

2 Ego affirmatiuæ opinioni adhæreo, scilicet matrem ex tacita pupillari excludi, motus primò, & potissimè *ex l. finali, C. de instit. & substitut.* vbi proponitur hæc facti species. *Quidam prægnantem habens coniugem scripsit hæredem ipsam quidem vxorem ex parte, ventrem verò ex alia parte, & adiecit, si non posthumus natus fuerit, alium sibi hæredem esse: posthumus autem natus, impubes decessit, dubitabatur quid iuris.*

Contentio erat inter matrem, & substitutum; mater ab intestato; substitutus ex tacita pupillari in vulgari contenta veniebat: non enim audiendus est Bart. & quidam alij, qui existimãt substitutum ex vulgari venisse, non ex pupillari, quia illa verba, *si enim suæ substantiæ partem vxori relinquit, multò magis, & luctuosam hæreditatem ad eam venire curauit?* clarè ostendunt agi de successione filij, non patris, cum contradistinguat tex. substantiam testatoris a successione, super qua dubitabatur, ergo substitutus ex vulgari non succedebat, sed ex pupillari: ex hac enim sola filij successionem petere poterat. vide tex. *Inst. de pupill. substit. in principio.* vide etiam Lancell. Polit. qui solidè opinionem Bart. reijcit *in tract. vulgar. substit. p. 6. num. 25. ad finem, & num. 26.*

3 Agebatur ergo de successione filij inter substitutum, & matrem, & in hac controuersia ait tex. tam Vlp. quam Papinianus viri disertissimi voluntatis quæstionem esse scribebant.

Quæro quis ex istis voluntatem testatoris allegabat? clarè autem dicit text. in fauorem matris voluntatem huiusmodi allegatam fuisse dum ait; *Cum opinabatur Papinianus eundem testatorem voluisse posthumo nato, & impubere defuncto matrem magis ad eius venire successionem, quam substitutum.*

Ratio autem, cur hoc testator voluerit in sequẽtibus verbis proponitur, *si enim suæ substantiæ partem vxori reliqait, multo magis, & luctuosam hæreditatem ad matrem venire curauit.*

Volũtas ergo testatoris matri fauebat, & tamen adhuc ambiguum erat, nunquid mater admittenda esset, & ita ambigunm, vt Vlpianus, & Papinianus de hac re dubitarent, vtque Iustinianus, qui tot veterum controuersias indecisas reliquir, hanc particulari lege decidendam esse existimauerit.

Quæro antẽ, vnde dubitatio oriebatur? ex contraria ne voluntate testatoris? nequaquam, cum nihil in tex. proponatur, ex quo verisimile sit, vel dubitari saltem possit, voluisse testatorem substitutum præferri matri.

Ergo hæc dubitatio descendebat ex iuris dispositione substitutum vocante, a qua tamen ex voluntate testatoris recedebatur, quæ an adesset ibi Papinianus, & Vlpianus dubitarunt; nulla autem in proposito occurrit iuris decisio præter constitutionem prædictam Marci Imp. de qua *in dicta l. iam hoc iure, de vulg. & pupill.* ergo huiusmodi dispositio pertinet etiam ad casum, in quo tractatur de exclusione matris, aliàs nullam in proposito dubitationem facere potuisset.

4 Secundò ex eodem tex. affirmatiua opinio satis euidenter probatur dum ait, *Nos itaque in hac specie Papiniani dubitationem resecantes, substitutionem quidem in huiusmodi casu, vbi posthumus natus adhuc impubes viua matre decesserit, respuendam esse censemus*, illa enim verba *Papiniani dubitationem resecantes* clarè ostendunt Papinianum, qui in fauorẽ matris sic arguebat, *si enim suæ substantiæ partem vxori reliquit, multo magis & luctuosam hæreditatem ad*

matrem venire curauit? non decidendo, ſed in fauorem matris dubitando ſic argumentatum fuiſſe, alias Iuſtinianus non rectè aſſereret, ſe Papiniani dubitationem reſecare, cum non dubitet, qui decidit. Hinc ergo ſequitur adhuc huiuſmodi dubitationem vigere extra ſpetiem in eo tex. propoſitam, cum clarè Iuſtinianus dixerit, *Nos itaque in hac ſpetie Papiniani dubitationem reſecantes*.

Ergo vigebit in quęſtione noſtra, nam caſus, de quo agitur *in d. l. final.* longè diſtat à quæſtione noſtra, cum in ea mater fuerit data cohæres filio a patre, in caſu verò noſtro nequaquam, quod eſt illud ipſum, quod vrgebat pro matre Papinianus inquiens, *ſi enim ſuæ ſubſtantiæ partem vxori reliquit, multo magis, & luctuoſam hæreditatem ad matrem venire curauit*, coniecturam enim voluntatis teſtatoris, ex eo deducit, quod ex parte eam inſtituerit, ſi enim voluit vxorem in parte ſuæ hæreditatis ſuccedere, multò magis voluit eam ſuccedere in luctuoſa filij hæreditate: vnica hæc argumentatio eſt, a maiori deducta, quam propterea non debemus nos diuidere, & ad quæſtionem noſtram trahere, quia tunc non tanti ponderis eſt, longè enim vrget magis argumentatio prædicto modo propoſita, quam ſi ſimpliciter dixeris; non eſt veriſimile teſtatorem voluiſſe priuare matrem luctuoſa filij hæreditate, eamque ad ſubſtitutum deſerre.

5 Si ergo in propoſito caſu dubitatio Papiniani viget, ſubſtitutus fundatam habet intentionem, admittique debet ad ſucceſſionem excluſa matre, quo uſque de contraria voluntate fidem fecerit. Nam Iuſtinianus volens in caſu *in d. l. finali*, propoſito, matrem admitti, reſecauit dubitationem Papiniani, nouamque fecit conſtitutionem, quod vtique ſuperuacaneum fuiſſet, ſi ex ſententia Papiniani mater admittenda eſſet.

6 Secundò hęc opinio probatur ex eo, quòd mater excluditur a ſubſtitutione tacita comprehenſa in reciproca, vt probatur *in l. Lucius 45. de vulg. & pupil.* & tñ huiuſmodi ſubſtitutio, non ex vi verborũ continetur, ſed ex legis diſpoſitione, vt probat tex. *in d. l. iam hoc iure, verſic. quod ius, de vulgar. & pupill.* dum ait. *Quod ius ad tertium quoque genus ſubſtitutionis tractum eſſe videtur, nam ſi pater filiis duos impuberes hæredes inſtituat, eoſque inuicem ſubſtituat in vtrumque caſum ſubſtitutionem factam videri D. Pius conſtituit*; dixerat Modeſtinus ex Marci conſtitutione, vulgarem ad pupillarem trahi, deinde ſubdit, idem ius tractum fuiſſe ad tertium genus ſubſtitutionis, ſcilicet ad reciprocam, ergo vel dicendum eſt, non ex vi verborum, ſed ex legis diſpoſitione reciprocam ſubſtitutionem, *voſque inuicem ſubſtituo*, continere pupillarem, vel perperam I.C. æquiparare in propoſito reciprocam, & vulgarem.

7 Et ex hoc deſtruitur reſponſio, quæ ab aduerſarijs afferri ſolet, nil mirum eſſe, ſi pupillaris in reciproca contenta, excludat matrem, quia verba reciprocæ, *voſque inuicem ſubſtituo* aliquo modo adaptari poſſunt pupillari, verba autem vulgaris nequaquam; deſtruitur inquam ex prædictis, quia ex hoc non ſequitur, quia pupillaris in reciproca, ex legis diſpoſitione, non autem ex vi verborum, ſubintelligatur; non eſt ergo conſtituenda differentia inter hanc, & eam, quam continet ſimplex vulgaris, vtraque enim ex legis diſpoſitione magis, quam ex vi verborum dependet, & ſic vtraque tacita eſt, & vtraque admittit eas obiectiones, quas aduerſarij ex matris mœrore, & ex æquitate naturali deducũt.

8 Maximè, quia vulgaris, & reciproca eiſdem verbis fiunt: nam reciproca, ita concipi poteſt, *& ſi hæres non erit, vel ſi noluerit, vel non potuerit hæres eſſe Seium ſubſtituo*, & vulgaris fieri poteſt per verbum ſubſtituo, dicendo, *Seius hæres eſto, eique Caium ſubſtituo*, hæc enim ſubſtitutio vulgaris eſt, cũ primum caſum tantum in ſua contineat *d. l. iam hoc iure, verſ. quod ius*, quod quidem ex vi verbi non procedit, ſed ex vſu loquendi Populi Romani, vt explicaui infra c. 43. num. 20.

9 Prętera conſidero, *in d. l. Lucius*, I.C. ſimpliciter dixiſſe teſtatorem inuicè ſubſtituiſſe filios, nec diſtinxiſſe, quibus verbis facta fuiſſet reciproca, ex quo primò ſequitur diuinare aduerſarios, dũ aiunt eo loci agi de ſubſtitutione facta his verbis, *voſque inuicem ſubſtituo*, cum verba I.C. reciprocam alijs verbis factam etiam contineant. Secundò ex hoc ſequitur Iur. Conſ. hanc verborum diſtinctionem non feciſſe; ſolent enim I. C. ſubtiles huiuſmodi differentias explicare, nec enim decet ea ſubticere, quæ neceſſaria ſunt, vt perfectè intelligatur id, de quo agitur.

10 Tertiò pro eadẽ ſententia vrget tex. *in l. 4. C. de impub. & alijs ſubſtit.* vbi hæc ſpeties examinatur, *Si mihi Firmianus filius, & Elia vxor hæredes, non erunt in locum eorum P. Firmianus hæres eſto*, ita dixerat teſtator, obijt filius adita hæreditate, eiuſque ſucceſſionem, an ſubſtitutus ex tacita pupillari petere poſſet quærebatur, cui reſcriptum fuit, licet placuerit ſubſtitutionem altero caſu factam ad alterum trahi; attamen in hac ſpetie id fieri non poſſe, quia eiſdem verbis teſtator filio, & vxori ſubſtituerat; conſtitutio enim Marci ceſſat, vbi duobus ſubſtitutio vulgaris facta fuit, quorum vnus tantũ eſt capax pupillaris, ergo ſupponit ſecus fuiſſe, ſi imparitas perſonarum non fuiſſet impedimento, alias Imp. omiſſa rõne præcipua, alia vſus fuiſſet, quæ nõ ſolum infirmior erat, ſed obſcuritatẽ in prædicto caſu, & in alijs parere poterat. Si enim dixiſſet Imp. ideò ibi ex tacita pupillari nõ ſuccedere ſubſtitutum, quia mater extabat, quæ ex tacita pupillari non excluditur, omnis prorſus ſcrupulus ademptus fuiſſet. Econtra verò dum ait imparitatem perſonarũ efficere, ne ſubſtitutio pupillaris in vulgari contineatur ad excluſionem matris, relinquit occaſionem dubitandi, tum in prædicto caſu, tum in alijs: in eo caſu enim datur occaſio ſubſtituto perquirendi voluntatem defuncti; ex qua, imparitate non obſtante, ſubſtitutio vulgaris pupillarem continet *l. iam hoc iure, verſ. hoc itaque caſu, de vulg.* relinquit, quod magis eſt dubitandi occaſionem in alijs caſibus, in quibus ex tacita pupillari agitur contra matrem, arguendo a fundamento deſtructo hoc modo: Imper. Alex. dum ſubſtitutus in vim tacitæ pupillaris ageret contra matrem, ideò excludit ſubſtitutum, quia imparitas perſonarum fuit impedimento ne pupillaris in vulgari ſubintelligeretur, ergo deſtructo hoc fundamento ſubſtitutus erit admittendus.

11 Quibus non refragantur ea, quæ ex aduersò pro reſpon-

responsione afferuntur, quod enim aliqui dicunt vxorem cum filio institutam nouercam fuisse, mera diuinatio est, vt alij ante me animaduerterunt, quia nihil in tex. proponitur, ex quo id colligi possit.

Alij dicunt non constare matrem tunc vixisse, cum decessit filius, eamque capacem fuisse, sed cũ nihil afferant, ex quo contrarium probetur, satis nobis erit regulam iuris allegare, quæ ait ea, quæ facti sunt non præsumi, nisi facta probentur maximè, quia Imp. suam decisionem in imparitate personarum fundat, non in morte, vel in incapacitate matris, quod non erat faciendum, si in hoc eius rescriptum fundatur.

Respondent alij tex. supponere pupillarem cõtentam fuisse in vulgari, nisi imparitas impedimẽto fuisset, sed tamen non sequitur, ergo contra matrem habebat locum.

Non tollit difficultatem, quia ibi agitur de pupillari tacita efficaci, & habili ad deferendam successionem, cum illud rescriptum redditum fuerit Firmiano substituto, vt ex inscriptione patet, ergo si text. supponit tacitam pupillarem contentam fuisse in vulgari, nisi imparitas impedimento fuisset, vtique intelligi debet de substitutione efficaci, quia interrogatus fuerat Imp. a substituto, an ex tacita substitutione matrem excludere posset.

Nota autem, vt hoc obiter moneam, tex. in allegata *l. quamuir*, differre a spetie *l. final. C. de inst. & substitut.* quia in ea substitutio non soli pupillo, vt in terminis *d. l. final.* sed & vxori facta fuit, quæ res in proposito maximi momenti est. Nam imparitas personarum efficit, vt vulgaris non porrigatur ad pupillarem etiamsi alias porrigeretur *l. iam hoc iure, ff. de vulgari substitut.*

12 Hæc, vt mihi videtur, clarè ostendunt iuri nostro consonum esse, vt mater ex pupillari excludatur etiam quando in expressa vulgari subintelligitur, quam opinionem sequuntur Fulgos. *in l. precibus, C. de impub. & alijs substitut.* vbi Dec. *in 4. not.* & D. Massinius *num.* 12. Goffredus *in l. iam hoc iure, num.* 8 *ff. de vulg. subst.* Couar. *lib.* 10. *cap.* 8. *num.* 12. Vasq. *de success. progress. lib.* 2. *§.* 16. Leonius *in tract. pupill. a num.* 119. Viglius *ad tit. Inst. de pupill. substit. in princ. a num.* 16. Ant. Faber *lib.* 15. *coniect. c.* 9. *&* 10. *& de erroribus decad.* 33. *error.* 5. alios refert Menoch. *lib.* 4. *præsumpt.* 39. *nu.* 23.

13 Superest, vt argumenta, quæ pro communi sententia referũtur, refellam, quod breuiter efficaciã, cum potissimum huius sententiæ fundamentum, quod positum est *in l. precibus, C. de impub. & alijs substit.* penitus sublatum sit, ex his, quæ in antecedenti c. scripsi, vbi intellectum verum huius legis exposui, quo loci ostendi huiusmodi tex. opinionẽ nostram probare euidenter; vrgere etiam putant pro eadem sententia constitutionem Iustin. positam *in C. sub tit. de instit. & substit. in l. finali*, sed perperam, cum a num. 2. vsque ad num. 7. ea ea clarissimè nostram opinionem probari ostenderim.

Itaque alia argumenta refellere oportet, quæ eo spectare videntur, vt probent licentiam datam patri, dum substituit pupillariter filio, excludendi matrem etiam a legitima, iuxta tex. *in l. Papinianus, §. sed nec impuberis, ff. de inoff. testam. & in c. 1. in fine, de testam. lib.* 6. quæ est contra iuris rationem, naturalemque æquitatem debere restringi quantum fieri possit.

14 Pro huius argumenti clara, & solida responsione nonnulla præmittenda sunt; & primò, vsum pupillaris substitutionis introductum quidem fuisse contra rationem iuris, ex causa tamen vrgentissima, & iustissima, vt exposui c. 25.

Secundò animaduertendum est ius matri in successione filij olim ex l. 12. tab. nullum cõpetijsse, cum eo iure nulla esset successio inter filium, & matrem, quod tamen ius paulisper abrogatum fuit, tandemque Adriano Imp. Senatus censuit *Vt mater ingenua trium liberorum ius habens, libertina quatuor ad bona filiorum, filiarumve admittatur intestato mortuorum, licet in potestate parentis sit* sunt verba Iustinian. prædicta explicantis *in Instit. in initio titul. ad Sen. Cons. Tertullia.* de qua re etiam agit Paulus *lib. 4. tit. 9. & Iustin. in l. 2. C. de iure liber.* itaque tempore Marci Imp. auctoris constitutionis de qua *in d. l. iam hoc iure*, mater ad successionem filij intestati non succedebat, nisi ius trium liberorum, vel quatuor habuisset si libertina erat.

15 Tertiò notandum est constitutionem Marci generaliter sancire, vt qui in alterum casum substituit, in alterum quoque substituisse censeatur, & ideò illi, qui dicunt eam non pertinere ad eum casum, in quo de exclusione matris agitur, cum habeant regulam generalem contra se, debent plenè docere eam non continere casum, de quo agimus, & ideò ante omnibus debent rationes excutere, ex quibus nos ostendimus in hac constitutione contineri casum, de quo disputamus, illisque clarè dissolutis, debent ostendere causam, cur lex generalis nõ debeat generaliter intelligi, & ideò perperam faciunt illi, qui ne admittant matrem in dicta constitutione contineri verba *d. l. precibus, & d. l. finalis*, & aliarum legum contorquent, & distorquent.

16 Quartò notare oportet rationem, propter quã excluditur mater existente pupillari expressa locũ habere etiam quando tacitè substitutio facta fuit, quia scilicet pupillaris est testamentum, quod pro filio fecit pater. vide tex. *in l. Papinianus, §. sed nec impuberi, ff. de inoff. testam. in c. 1. in fine, de test. lib. 6.* nam & tacita pupillaris est testamentum, quod pro filio patrem fecisse dicimus ex interpretatione, quam constitutio Marci introduxit; itaque quò ad excludendam matrem nihil refert, an adsit tacita, an expressa pupillaris, cum in vtroque casu pupillus decedat testatus, & per consequens non possit mater ab intestato eius successionem petere, *l. quandiu, ff. de acq. hæred.* vt non immeritò suaues valdè eos existimare debeamus, qui dicunt matre existente pupillarem quidem contineri in expressa vulgari, sed eam habere locum non posse contra eam: hoc enim modo pupillus quò ad agnatos, & reliquos ab intestato venientes decederet testatus, quò ad matrem verò intestatus.

17 Respondẽt aduersarij, pupillarem pendere a futuro euentu; si enim mater extiterit, & agnoscet hæreditatem substitutus pupillaris excluditur, si verò illa non adest, vel filij hæreditatem recusant fit locus substitutioni. Nihil est, nam testamentum quidem ita fieri potest, vt ita demum locũ habeat, si venientes ab intestato non vendicauerint hæreditatem,

ditatem, *l. ſi quis ita 82. ff. de hæred. inſtituen.* hoc tamen in caſu noſtro factum fuiſſe non eſt affirmãdum; cum enim nulla in verbis ambiguitas ſit, non eſt admittenda voluntatis quæſtio, *l. ille, aut ille, de leg. 3.* prædictæ autem opinionis auctores recẽſent Mantica *lib. 5. tit. 13. num. 18.* Menoch. *lib. 4. præſumpt.* 40. D. Facbin. *lib. 10. controuerſ. c. 22.*

18 Ex his latè quidem, ſed neceſſariò explicatis, vt inueteratum errorem euellamus, facilè detegitur nihil valere argumentum, quòd noſtri adeò vrgẽt. Nam cum tempore, quo conſtitutio Marci facta fuit, non ſimpliciter mater defuncto filio ſuccederet, ſed ita demum, ſi ius trium liberorum haberet, vel quatuor, ſi libertina erat, manifeſtum eſt eius cauſam non fuiſſe tanti apud Marcum, nec ita fauorabilem, prout nobis hodie videtur; nam frater conſanguineus matrem a filij ſucceſſione excludebat, eiuſque cauſa longè melior erat, *§. præferuntur, verſ. frater autem, & §. ſed cum, Inſt. ad Sen. Conſ. Tertull.* ergo non rectè vulgò exiſtimatur matrem præcipuo fauore dignam fuiſſe, dum de ſucceſſione filij ageretur, & ideò non eſſe comprehendendam ſub generali ſermone, conſtitutionis Marci, cum enim conſtitutio etiam ad fratres pupilli conſanguineos pertinuiſſe in comperto ſit, manifeſtè ſequitur multò magis eum voluiſſe matrem ex prædicta ſubſtitutione excludi.

Itaque cum contra matrem tot argumenta vrgeant, nobis non licet eam ex conſtitutione generali eximere, quod cum aſſerimus non extendimus conſtitutionem Marci, nec ei fauemus, ſed contendimus, nullam adeſſe cauſam, quę ſit idonea ad reſtringendum verba generalia legis, quæ vi ſua matrem continent; & ex his multa alia argumenta, quæ afferri ſolent deſtruuntur, quæ propterea referre non expedit.

Pupillaris ſubſtitutio an extinguatur per profeſſionem religionis, factam a pupillo poſt mortem patris. Cap. XLI.

CVm ex diſpẽſatione Summi Pontificis impubes doli capax profiteri poſſit religionem, dubitari poteſt, nunquid ſubſtitutio pupillaris facta
1 pupillo, qui religioni nomen dedit, euaneſcat, ſi religionem profiteatur poſt mortem patris, dubitandi autem ratio oritur ex conſtitutione Iuſtin. *in §. illud, Auth. de monac. & in Auth. hæc conſtitutio priorem declarat*, quæ determinat profeſſionem non annullare teſtamentum antea factum, hæc enim conſtitutio ſatis commodè trahi poſſe videtur ad pupillarem ſubſtitutionem, eum conſtet eam eſſe pupilli teſtamentum ad exemplum legis Corneliæ ſtatuentis teſtamenta eorum, qui apud hoſtes decedunt non irritari per captiuitatem; nam hæc lex ſubſtitutionem pupillarem continet, quia pupillaris ſubſtitutio eſt teſtamentum pupilli. vide tex. *in l. 10. §. 1. ff. de capt. & poſtlim. reuerſ.*

2 Hac ratione non obſtante vera eſt communis opinio ſubſtitutionem euaneſcere, quam tenuerunt Bart. *in l. in pupillari, nu. 7. ff. de vulg. & pupill.* vbi Aret. *col. penult.* Alex. *num. 3.* Iaſ. *num. 9.* Alciat. *in l. 2. num. 29. verſ. idem ſi 8. ff. eod. tit.* Trentacinq. *p. 2. c. vlt. num. 3.*

Fundamentum ſolidum huius ſentẽtiæ eſt, quia profeſſio reddit inteſtabilem pupillum, ergo ſubſtitutio pupillaris per eam irritatur; conſtat enim hanc ſubſtitutionem, non aliter valere, quam ſi pupillus teſtabilis decedat, ad inſtar teſtamenti, quod quis ſibi fecit, quod non valet, niſi teſtator tempore mortis habuerit teſtamenti factionem actiuam, *§. alio, Inſt. quib. modis teſt. infir.*

3 Nõ obſtat argumẽtum ex aduersò adductum, nam pro reſponſione animaduertendum eſt conſtitutionem Iuſtiniani loqui de teſtamento, quod per ſe monacus fecit, *vt in d. §. illud*, dum ait *licentiam habere ſuis vti, quo voluerit modo, & in verſ. ſi verò, & in verſ. ſi autem nihil, & in Auth. hæc conſtitutio priorem declarat verſ. & quoniam, & verſ. quo etiam voluerit, & prope finem verſ. & cum licentia ſit*, & ideò non eſt trahenda ad pupillarem ſubſtitutionem; ius enim ſingulare non trahitur de caſu ad caſum, immò nec ad conſequentias, *l. quod verò, ff. de legib.*

4 Quod eo libentius admittendum eſt, quia cauſa introductionis pupillaris ſubſtitutionis, timor ſcilicet, ne venientes ab inteſtato ei inſidientur, iuxta tradita ſuprà c. 25. hoc in caſu omninò ceſſat, quia per profeſſionem omnia monaſterio acquiruntur, *Auth. ingreſſi, C. de Sacroſan. Eccl.*

5 Non obſtat exemplum legis Corneliæ, quia licet verum ſit eam ius ſingulare continere, attamen pro bono Reipublicæ ſtatu cõſeruando, adeò neceſſaria fuit huius legis conſtitutio, vt non potuerit ſine nota prætermitti: etenim cum plures leges a Romanis contra ſeruos latæ fuiſſent, ex illis maximum infligebatur damnum ciuibus Romanis, qui pro Reipublicæ ſalute pugnantes, capti fuerant, quæ res cum intolerabilis eſſet, fuit neceſſarium legem hanc, quæ huic incommodo prouidet, conſtruere; nil mirum ergo, ſi lex huiuſmodi pleniorem accipiat interpretationem. vide tex. *in l. 4. ff. ad l. Iul. de fun. dot. in l. hoc modo, in fine, ff. de cond. & demonſt.*

Non poterit ergo trahi ad caſum noſtrum exemplum legis Corneliæ, quia lex prædicta Iuſtiniani cum lege Cornelia conferri non poteſt, maximè, quia quando pupillus eſt apud hoſtes, maior eſt timor inſidiarum, & maius periculum ei imminet a venientibus ab inteſtato, quod penitus ceſſat quando profeſſus fuit religionem.

6 Euaneſcit ergo pupillaris per profeſſionem factam poſt mortem patris, hanc tamen concluſionem non habere locum, quando pupillus ingreſſus fuit monaſterium incapax bonorum, voluit Imol. *in l. in pupillari, ff. de vulg. & pupill. ſubſtit.* vbi Alex. *num. 4.* Aret. *col. fin. verſ. hæc tamen dicta*, Iaſ. *num. 9. prope finem, verſ. reſponde.* Alciat. *in l. 2. nu. 29. verſ. ſi vero monaſterium, eod. tit.* Trentacinq. *p. 2. c. vlt. num. 3. verſ. 6. expirat verſ. & hinc eſt.*

7 Fundamentum huius declarationis conſiſtit in doctrina Bart. communiter recepta *in l. Gallus, §. & quid ſi tantum, ff. de lib. & poſth.* quod ſcilicet vbicunque mors ciuilis operatur idem quod naturalis, de vna ad aliam arguere licet, & ideò, cum profeſſio facta in huiuſmodi monaſterio, penitus incapacem bonorum efficiat monacum, mors ciuilis operatur idem, quod naturalis, & per conſequens, ſicut

mors

mors naturalis nō extinguit pupillarē, ita nec mors
ciuilis, quā per professionē patitur eam extinguet.
Cōtrariū tenet Ripa *in l.2.n.67.ff.de vulg.& pupil.*
8 Fundamentum huius opinionis ex eadem doctri
na Barto. deducitur, cum enim monacus ante pro-
fessionem non dicatur monacus, nec mortuus ciui-
liter, vt docent gloss. *in cap. verum, de regular.* Aret.
vbi suprà col. finali, vers. sciens etiam, vbi Ias. *num.*
10.& in Auth. si qua mulier, num.59.C.de Sacrosan.
Eccl. Honded. *consil.94. num.5.& 6.lib.1.* Nauarr.
de regal.num.44.& probatur in cap. religiosos, de sent.
9 *excom. lib.6. cap. beneficium, de regul. lib.6.* & possit
interim testamentum facere. Innoc. *in cap.2. de te-*
stamen. vbi Ioann. Andr. *in principio, versic. si vero*
essent, Butr. *in primo not.* Couar. *num.5. prope finem,*
vers. sed & illud. Nauarr. *de regal. num.44. prope fi-*
nem. Bald. *in Auth. si qua mulier, num.5. versic. è con-*
tra, C. de Sacrosanct. Eccles. Ioan. Fab. *in Auth. in-*
gressi, versic. quod si quis, C. de Sacrosanct. Eccles. Me-
noch. *de arbitr. iud. 436. num. 19.* Rota *decis.180.*
num.1. par.2. diuers. Molina *de iustit.& iur. disp.139.*
colum. 8. Cōsequens est ante professionem perfectè
emissam nec mortuum ciuiliter, nec intestabilis es-
se, ergo eo tempore quo perficitur professio ciuili-
ter moritur, & efficitur intestabilis, ergo ex prædi-
cta doctrina Bart. clarè sequitur substitutionem pu-
pillarem euanescere per professionem, quādo enim
tempore, quo moritur naturaliter testator efficitur
intestabilis, eius testamentum perit, *§. alio, Instit.*
quibus mod. testamen. infirm. & in §. sequenti, in l.6.§.
irritum, in §. seq ff. de iniust. rupt. & irrit. fact. test.
10 Nec tollit difficultatem responsio Ias. dum ait
etiam eum qui moritur naturaliter, inhabilem ad
testandum fieri, & tamen hoc non sufficere ad de-
struendum testamentum; quia responsio quod in-
habilitas, quam parit mors naturalis, non destruit,
sed perficit testamentum, *cap. cum Martę, de celebr.*
miss. cuius verba hæc sunt, *Nouissimam enim homi-*
nis testamentum immobile perseuerat, quia testatoris
obitu confirmatur, iuxta quod Apostolus testamentum
in morte confirmatum asserit, ea verò inhabilitas, quā
parit professio suaptè natura, non confirmat testa-
mentum, sed irritat, & ideò opus fuit constitutione
Iustiniani, ne testamentum per professionem irri-
tum fieret. vide tex. *in §. illud, Auth. de monac. & in*
Auth. hæc const. prior. declar.
11 Nec huic opinioni obstat, quod dicebat Alciat.
dispensationem Papæ non esse trahendam in dam-
num substitutorum, quia cum Papæ alia intentio
sit, & hoc veniat in consequentiam non est atten-
dendum, *l. si quis nec causam, ff. si cert. pet.* maximè
quia pupillaris substitutio fit principaliter propter
vtilitatem pupilli, *l.42. ff. de acquir. hæredit.* & dixi
cap.25. & ideò, cum non intersit pupillo, qui pro-
fessus fuit religionem, habere substitutionem pupil
larem, non est cur Summus Pontifex, de hac substi-
tutione sollicitus fuerit.

Substitutio pupillaris facta nepoti, quando pe-
reat, si in potestatem patris ceciderit post
mortem aui. Cap. XLII.

1 LIcet I. C. *in l.2. in principio, ff. de vulgar. subst.*
insinuare videatur auum non posse pupillari-
ter substituere nepoti, qui primum gradum in suc-
cessione non tenet, dum ait. *Nepotibus etiam possu-*
mus, & deinceps, si qui recasuri non sunt in potestatem,
tamen res aliter se se habet; nam contrarium verius
esse clarè colligitur ex verbis subsequentibus.
2 *Sed si eos patres præcedant, ita demum ei substitui*
potest, si hæredes instituti sunt, vel exhæredati: ita enim
per legem Velleiam succedendo non rumpunt testamen-
tum. Nam lex Velleia non pertinet ad nepotes, quo
rum pater non est in potestate, *l. Gallus, §. nunc de*
lege, ff. de lib. & posth. l.6.§. 1. de hæred. instit.
3 Idem clarè probatur *in l. exhæredi, §. si filiæ, ff. de*
vulg. subst. cum ait, *Cum filiæ, vel nepoti, qui locum*
filij tenuit, aut post testamentum cępit tenere, parens
substituit, si quis ex his mortis quoque tempore non erit
in familia substitutio pupillaris fit irrita.
4 Atque ita docuerunt Imol. Aret. Ias. *in d.§. cum*
filiæ, vbi etiam Cuiac. *lib.6. respons. Papin.* Castr.
in l.2. num.4. ff. de vulg. vbi Alciat. *num.14. prope fi-*
nem ait hoc carere difficultate, ibi etiam Socin. iun.
num.2. versic. sed tunc quæritur, & num.59. & alij,
quos omitto.
5 Itaque verba illa I.C. *Nepotibus etiam possumus,*
& deinceps, si qui non sunt recasuri in patris potesta-
tem, effectum rei respiciunt; vt sit sensus, substitu-
tio facta nepotibus in potestate existentibus valet,
perit tamen si ceciderint, in potestatem patris, &
ideò quò ad eos, qui per mortem aui non fuerunt
facti sui iuris, rem ab effectu considerando, substi-
tutio ab initio fuit inutilis.
6 Vt autem tota hæc res clara sit, oportet hæc ex-
plicare. Primò, qua de causa huiusmodi substitutio
pereat, si impubes in patris potestatem venerit. Se-
cundò, an id habeat locum, cum is miles est. Ter-
tiò, quid si auus miles fuerit. Quartò, quid si vter-
que militiæ fuerit ascriptus. Quintò, quid si pater
impuberis propter mentis defectum inhabilis sit ad
substituendum. Vltimò, quid si ex l. municipali im-
7 pubes in potestatem matris veniat. Et quò ad pri-
mum pertinet, hæc ratio vnanimi nostrorum con-
sensu recipitur, quod si nepos, qui in potestate pa-
tris est impubes decederet viuo patre, substitutus
admitteretur, cum casus substitutionis venerit, &
ideò filiusfamilias hæredem haberet, quod iuris re-
gulæ aduersatur, *vt Inst. de his quibus non est permis-*
sum facere test. in principio.
8 Insuper rerum humanarum adeò magna est va-
rietas, vt consilium sæpè mutare oporteat, & per
consequens sępè expediet pupillo substitutionem
ab auo factam mutari, quod cum pater commodis-
simè facere possit, non fuit concedendum auo ita
substituere, vt eius dispositio valeret nepote in po-
testate patris existente.
10 Secūdò dubitatur, An substitutio, de qua agimus
pereat, si pupillus miles sit, *iuxta l. fin. C. de milit.*
test. & affirmat Bart. *in l. 2. num.13. de vulg. subst.*
& cum eo alij, moti ex ratione ab eo allegata, quod
nempe fieret iniuria patri, dum ei aufertur facultas
substituendi filio per substitutionem factā ab auo.
11 Opinio Bart. vera est, ratio tamen ab eo allegata
fragilis mihi videtur; cum enim auus emancipat
nepotem, non dicitur iniuriam filio facere, quia iu-
re suo vtitur, *§. penult. Inst. quib. mod. ius patr. pot. sol-*
uitur. ergo nec in casu nostro iniuria considerari
potest,

poteſt, cum inter alia poteſtatis iura hoc ſit, vt impuberibus liberis teſtamentum conſcribamus, *vt Inſt. de pupill. ſubſt. in principio, §. liberis, & alibi.*

12 Ratio ergo vera hæc eſt, quia omnia ea incommoda, quæ oriuntur, cum filius eſt paganus, hoc caſu vigent, & de illis quæ propoſui res euidens eſt, de eo tamen, quod num. 7. expoſui & 8. non nihil dubitari poſſe videtur, quia militibus in poteſtate patris degentibus conceſſum eſt teſtamentũ condere; ſed cum hoc pertineat ad peculium caſtrenſe, nõ ad alia bona, *vt Inſt. quib. non eſt permiſſ. facer. teſt. in principio,* non ſufficit ad tollendum incõmodũ de quo agimus, cũ pupillaris oia bona pupilli cõtineat, *l. ſed ſi plures, §. ſi ex aſſe, de vulg. ſubſt.*

13 Quo loci, etiam ſi id in milite teſtante, pro pupillo ceſſare affirmet I.C. tamen id ad rem noſtram trahi non poteſt; imperitiæ enim ratio, quæ effecit, vt milites quomodocunque velint teſtari poſſint, *l. 1. de milit. teſta.* non poteſt caſui noſtro applicari, præter quam quod ex conſtitutione Iuſtin. de qua *in l. penult. C. de teſt. mil. & Inſt. de milit. teſt. in principio, & §. 1.* facultas teſtandi iure militari competit militibus, cum in caſtris teſtantur, & ideò manifeſtum eſt militem in ciuitate ſubſtituentem pupillariter filio, iure communi vti debere, quomodo ergo concedendum erit licere pagano in ciuitate teſtanti priuilegio militum vti?

14 Tertiò explicare oportet, quid ſit dicendum, cum auus eſt miles. Diſcordant DD. negant enim perire ſubſtitutionem. Bart. *in l. 2. num. 13. de vulg. ſubſt.* & alij quos recenſent, & ſequuntur Vaſq. *de ſucceſſ. progreſſ. lib. 2. §. 14. num. 95.* Trentacinq. *de ſubſt. p. 2. c. 11. num. 13. per tex. in l. cum filiofamilias, de milit. teſt. in l. impuberi 12. de adminiſtr. autor.*

15 Contrarium ſequuntur alij, de quibus Alex. *in d. l. 2. num. 19.* vbi Socin. ſen. *num. 8.* Alciat. *num. 14. verſ. videtur.* Coraſ. *in l. ſi teſtamento,* num. 16. C. de impub. & alijs ſubſt. quæ opinio vera eſt, quia hoc in caſu militantomnia incommoda, de quibus ſupra num. 7. 8. & 9. quia ſcilicet filiusfamilias teſtamentum haberet, & auus poſſet ad libitum excludere patrem impuberis, & quia noceret pupillo non licere patri mutatis circunſtantijs temporum, locorum, & perſonarum, ſubſtituere eum, quem ſibi expedit ſubſtitutum habere.

16 *Ad l. cum filiofamilias,* dum ait licere militi, quã velit facere ſubſtitutionem. Reſpondeo intelligendum eſſe de vulgari, militari, vel fideicommiſſaria, per quas de hæreditate ipſius militis diſponitur, & ideò non poſſe referri ad pupillarem; alias ſequeretur etiam extraneis licere militi ſubſtituere pupillariter, quod eſt ridiculum.

17 *Ad l. impuberi.* Reſpondeo nihil continere, quod ad rem noſtram transferri poſſit, præter id quod ait, priuilegia militum non eſſe trahenda in iniuriam alicuius, quod ſatis commodè pro noſtra ſententia adduci poteſt, cum hoc in caſu priuilegiũ militis in iniuriã patris verteretur poſſet enim excludi ad libitum a ſucceſſione filij, traheretur etiam ad damnum filij, cui expedit patrem habere facultatem ei ſubſtituendi, vt explicaui num. 8. neque enim concedendum eſt licere patri aliam facere ſubſtitutionem, ne pupillus cum duobus teſtamentis decederet.

18 Quarta dubitatio eſt, quid ſi vterque miles ſit auus ſcilicet, & impubes? & hoc caſu ceſſare videtur omnis dubitatio; nam cum miles poſſit in ſubſtitione pupillari partem bonorum comprehendere, *l. ſed ſi plures, §. ſi ex aſſe, de vulg. ſubſt.* liceatque militi cum duobus decedere teſtamentis, *l. quærebatur, de milit. teſt.* auus hoc caſu de caſtrenſibus bonis teſtabitur, & de alijs licebit patri aliam ſubſtitutionem conſcribere, quæ eſt animaduerſio Socin. iun. *in l. 2. num. 64. de vulg. ſubſt.*

19 His nõ obſtantibus, cõtraria ſentẽtia, quę placet Polit. *de pupillar. ſubſt. nu. 59.* Coraſ. *in l. ſi teſtamento, nu. 15. in fine, & num. 16. C. de impub. & alijs ſubſt.* verior eſt, non eſt enim admittendum patrem poſſe aliam ſubſtitutionem facere, ex ijs, quæ dixi ſupra num. 13. & ideo incommoda, quæ oriuntur ex damno pupilli, & ex iniuria, quæ fit patri, iuxta ea, quæ expoſui ſuprà num. 8. adhuc vrgent, ergo a verbis regulæ, quæ hunc caſum continent, non eſt recedendum.

20 Quintam nunc explicemus dubitationem, quid ſcilicet ſit dicendum, cum pater impuberis eſt inhabilis ex defectu mentis ad teſtandum pro filio, & hoc caſu regulæ prædictæ locum eſſe exiſtimo, etiamſi enim vtilitas pupilli aliud poſtulet, tamen non eſt ſatis, vt a regula iuris recedamus, qua prohibetur filiumfamilias habere hæredem, & ideò ſi verſaremur in filio minoribus ordinibus inſignito, quẽ noſtri aiũt habere teſtãdi facultatẽ. vide DD.

21 *in c. quia nos, de teſt. &* pręcipue Didac. Couar. Iaſ. *in l. filia, num. 5. de collat. bon.* Cepol. *cautel. 113. nu. 2.* Surd. *conſ. 259. nu. 6. lib. 2.* contrarium defendi poſſet cõmodiſſimè, quia tunc ceſſant ea incommoda, quę conſideraui num. 7. & 8. quod ſcilicet filiusfamilias babeat teſtamẽtum, quodque noceat ei patrem non habere teſtandi facultatem, & ideò regulæ prædictæ locus eſſe non poterit *l. adigere, §. quamuis, de iure patr. vt declarant* Couar. *de matrim. p. 2. §. 9. num. 8.* D. Fachin. *lib. 10. c. 74.*

Et licet hoc in caſu vrgeat id quod dicebamus dari facultatem auo excludendi patrem pupilli, tamen non muto ſentẽtiam, nam cum ſupponamus, ex defectu mentis non licere patri teſtari pro filio, neceſſe eſt afferere eum eſſe, vel mente captum, vel prodigum, ſi mente captus erit, tunc perrarò accidet eum excludi ſine cauſa a patre, ipſe enim morbus commiſerationem excitat, & pietatem paternam auget, ſin verò prodigus erit, nullum incommodum eſt, eum excludi poſſe a ſucceſſione filij.

22 Poſtrema dubitatio, An eo caſu, quo filij ex l. municipij in matris poteſtatem cadunt, pupillaris ſubſtitutio ab auo facta irrita fiat, quod Bald. placet *in l. precibus, nu. 15. verſ. etiam ſcias, C. de impub. & alijs ſubſt.* Iaſ. *in l. 2. num. 5. de vulg. ſubſt.*

Mouentur ex regula de qua hucuſque egimus, nempe ſubſtitutionẽ pupillarem irritam fieri ſi pupillus in alterius poteſtatem poſt mortem aui ceciderit, nam etiam ad caſum noſtrum trahi debet ex regul. *l. non poſſunt, ff. de legibus.*

23 In contrarium vrget, quod hoc in caſu matri non eſt permiſſum ſubſtituere, vt explicaui hoc libro c. 27. & ideò pupillus ſubſtitutione omninò careret, cum ea, quæ facta fuit ab auo irritetur, nec liceat matri aliam facere, hoc autem non fuiſſe conſtitutum

ſtitutum ex eo fit veriſimile, quod non eſt videndum auctores huius ſtatuti voluiſſe ſubſtitutione pupillari, quæ tot ſeculis vtilis exiſtimata fuit, & proficua impuberibus, pupillum, de quo agimus per tacitos, & ſubauditos intellectus priuare.

24 Ego diſtinguo, aut mens ſtatuentium eſt, vt filij non poſſint teſtari donec in matris poteſtate ſunt, (quod factum fuiſſe non crediderim, niſi expreſsè id fuerit dictum, cum a noſtrorum moribus nimis abhorreat) aut filijs in poteſtate matris degentibus reliquerũt liberam teſtaodi facultatem. Primo caſu vera ſit opinio Bal. Secundo non item. Nam cum tunc vigeat ratio, qua noſtra regula potiſſimè nititur, ei quoque locum eſſe non eſt negandum *ex d.l. non poſſunt*, quod rectiſſimè inficiamur, cum filij teſtari poſſunt, quia tunc deficiente ratione, qua noſtra regula nititur, caſus hic, ex noui iuris diſpoſitione oriens, ſimilis dici non poteſt, nec conformis caſui de quo lex vetus loquitur, & ideò ad eam trahi non poteſt *d.l. non poſſunt*.

De conſtitutione Marci, & Veri, vt ſubſtitutio vulgaris ad pupillarem porrigatur, & econtra: ad explicationem l. iam hoc iure 4. ff. de vulgar. ſubſtitut. *Cap. XLIII.*

1 MOdeſtinus *in l. 4. ff. de vulg. ſubſt.* recenſet, & explicat conſtitutionem Marci, & Veri Imperatorum, qua cautum eſt, vt ſubſtitutio in alterum caſum facta in vtrumque facta intelligatur; de cuius interpretatione agere conſtitui: explicationem enim deſiderat, & lucem.

Iam hoc iure vtimur ex D. Marci, & Veri conſtitutione, vt cum pater impuberi filio in alterum caſum ſubſtituit in vtrumque caſum ſubſtituiſſe intelligatur. Nota illa verba. *Hoc iure vtimur;* nam ſignificant, aduerſus iuris rationem conſtitutionem hanc fuiſſe introductam, *l. hoc iure vtimur* 19. *ff. de donat. l.* 8. *§. vlt. de accept. & alibi ſæpè*.

2 Rectiſſimè autem Iuriſconſultus inſinuat, fuiſſe receptum aduerſus iuris rationem, vt ſubſtitutio in alterum caſum facta in vtrumque facta intelligatur. Nam caſus vulgaris ſubſtitutionis adeò diſtara caſu pupillaris, vt de vno ad alium argui nequeat.

3 Cum autem ius ſingulare propter aliquam vtilitatem introducatur *l. ius ſingulare, ff. de legib. l. 4. ff. de conſt. Princip.* non eſt credendum, hanc conſtitutionem abſque euidenti cauſa factam fuiſſe, ideò quænam hæc fuerit videamus.

Cumque huius conſtitutionis duæ ſint partes. Prima, vt vulgaris ad pupillarem porrigatur. Secunda, vt pupillaris ad vulgarem trahatur, vt oſtendi infrà num. 22. & 23. Propterea diſtinctè de ſingulis videamus.

4 Aiunt autem noſtri, conſtitutum fuiſſe, vt vulgaris ad pupillarem porrigatur ex mẽte teſtatoris, & propter vtilitatem pupilli; cuoi enim ei expediat habere ſubſtitutum pupillarem, veriſimile eſt, teſtatorem, ſi de hac re cogitauiſſet, ſubſtituturũ fuiſſe; parentes enim non ſolent ea, quæ filijs proſunt, prætermittere.

5 Hæc noſtrorum opinio mihi valdè ſuſpecta eſt, cum enim nõ indiſtinctè ſubſtitutio pupillaris fiat, ſed tunc demum, cum ſuſpecta eſt fides venientiũ ab inteſtato, vt explicaui c. 25. meritò concludendum eſt, non adfuiſſe cauſam, cur fieret in ſpetie, de qua agimus, cum venientes ab inteſtato patri pupilli non fuerint ſuſpecti, ſi enim vel paululum de eorum probitate dubitauiſſet, diſertis verbis ſubſtituiſſet, quia parentes in illis, quæ vitam filiorum tangunt, ſoliciti ſunt, & cauti admodum.

6 Immò verò non ſatis verè dicimus, patrem de hac ſubſtitutione non cogitauiſſe; cum res eſſet, & hodiè ſit valdè nota, & ſolerent veteres in confectione teſtamenti diligentiſſimè, & accuratiſſimè verſari, quippe qui conſueuerant adhibere iuris peritum, vt colligitur *ex l. penul. §. fin. de leg.* 2. & quia illa inter cætera homines diligentiſſimè quærunt, quæ ad vtilitatem filiorum pertinent, maximè impuberum, qui ſe tueri nequeunt.

7 At dices venientes ab inteſtato excluſit a propria hæreditate, ergo eos non dilexit, noluitque ſuccedere pupillo. Reſpondeo, hanc eſſe veriſimilitudinem longius nimis petitam; ſi enim eos, quos ſibi ſcripſit hæredes, voluiſſet filio quoque hæredes eſſe, expreſsè eos vocauiſſet, quia homines, dũ teſtantur, ſi quid volunt, ſolent id exprimere; neque mirum tibi videatur teſtatores eos, quos a propria hæreditate excluſit, ab hæreditate pupilli nõ excluſiſſe, quia, dum de ſuis bonis teſtatur, ſuam ſequitur voluntatem, dum verò filio ſubſtituit, eius commodum inſpicere debet, vt expoſui ſupra c. 25.

8 Neque etiam putes expedire pupillo, ſubſtitutionem pupillarem in vulgari contineri, quia mortuo teſtatore tabulæ eius aperiuntur, & ſubſtitutio pupillaris innoteſcit, quæ res exponit pupillum inſidijs ſubſtituti. Audi Caium *lib. 2. Inſt. tit. 4. Pupillaris ſubſtitutio ita ſecreta debet eſſe, vt ad notitiam ſubſtituti peruenire non poſſit, ne vitæ pupilli aliquas moliatur inſidias; nam in extrema pagina teſtamenti fieri debet, vt pars illa, in qua pupillaris ſubſtitutio ſcripta eſt, quomdiu pupillus annos impubertatis egrediatur, obſignata permaneat, & altera pars, in qua hæres ſcriptus eſt, reſeretur.* Cum quo concordat Iuſtinianus Imperator *in §. ſin autem ita formidoloſus ſit, Inſt. de pupill. ſubſt.* dum inquit. *Illud palam eſt, non ideò minus valere pupillarem ſubſtitutionem, quia in eiſdem tabulis ſcripta ſit, quibus quiſque ſibi hæredem inſtituiſſet, quamuis pupillo hoc periculoſum ſit.* Alia ergo excogitanda ratio eſt, quam cum ego reperire non valeam eruditis, & acutis viris rem explicandam relinquo.

9 Videamus nunc, qua ratione factum fuerit, vt pupillaris ſubſtitutio ad vulgarem porrigatur, hoc autem ex eo factum fuiſſe noſtri tradunt, quia, ſicut venientes ab inteſtato ab hæreditate pupilli excluſit, ita veriſimile eſt, eos voluiſſe excludere a propria hæreditate, veriſimile ergo eſt eum ſi de vulgari ſubſtitutione cogitauiſſet, eos, quos pupillo ſubſtituit, ſibi quoque ſubſtituturum fuiſſe.

10 Dubito de veritate receptæ huius ſententiæ, cũ enim apud Romanos adeò frequens eſſet vſus huius ſubſtitutionis, vt vulgaris ſubſtitutionis nomeñ fuerit conſecuta, vt indicat I. C. in hac ipſa lege, dum ait, agens de hac ſubſtitutione. *Ne ſi vulgari modo ſubſtituat,* &c. a vero longe abeſt teſtatorẽ non meminiſſe de eo, quod frequentiſſimum erat,

maximè

maximè cum veteres non ſolerent ſine Iuriſperito condere teſtamentum, quòd præclare confirmatur auctoritate Appiani Alex. *lib. 2. de bello ciuili*, dum ait. *Miſerundum porrò, vel in primis viſum eſt, cum Brutum ex eius percuſſoribus inter ſecundos hæredes ſcriptum apparuiſſet, conſuetudo nempe Romanorum fuit, primis hæredibus ſecundos addere, vt, ſi primi hæreditatem nõ adijſſent, nanciſcerentur vltimi.* Si ergo inueriſimile eſt, de hac ſubſtitutione non meminiſſe, inueriſimile quoque erit, eum ſubſtituere voluiſſe, qa ſi id voluiſſet, id nominatim feciſſet.

11 His accedit, ſolitos fuiſſe veteres proprio lino, propriaque cera obſignare pupillarem ſubſtitutionem, vt oſtendunt verba Cai I. C. quæ nume. 8. retuli, vt explicat Briſſon. *lib. 3. ſelectarum antiq. c. 12.* Cum ergo pater pupillariter filio ſubſtituit, & ſeparara parte ſubſtitutionem ſcribit, & obſignat, vtique non vult eam reſerari, antequam filius pubes fiat, ergo eſt contra eius voluntatem, vt vulgaris ſubſtitutio in ea contineatur, tunc enim oporteret primis hæredibus repudiantibus pupillarem reſerare, vt ſub ſtitutus pupillo datus patris adeat hæreditatem.

12 Neque quidquam noſtris fauet illud, quod tantopere extollunt, ſicut venientes ab inteſtato excluſit ab hæreditate pupilli, ita veriſimile eſt, a propria voluiſſe excludere, nam, vt num. 7. admonui, in ſubſtitutione pupillari non propriam voluntatẽ ſequitur pater, ſed vtilitatem pupilli, non ſequitur ergo, pupillo ſubſtituit Titium excluſis venientibus ab inteſtato, ergo eum magis diligit.

13 Præter quam quod in ijs, quæ ex affectione, & voluntate hominum pendent, periculoſum eſt de voluntate teſtatoris iudicare, niſi ex verbis ipſorũ; variæ enim ſunt hominum opiniones, & affectiones, & multiplices rerum euẽtus, vt aliunde, quàm ex verbis, mentem eorum tunc quærere arioli magis munus videatur, quam Iuriſperiti, quod veteres optimè nouerant, apud eos enim receptum erat, *de voluntate teſtatori r non eſſe diſputandum, vbi in verbis non eſſet ambiguitus, l. ille aut ille, ff. de leg. 3.*

14 Cum ergo ratio oſtendendæ voluntatis teſtatoris, quam noſtri hucusq́ue probauerunt, non ſit idonea, aliam indagare oportet, quod cum tenuitatis meę non ſit, bone lector experiaris, neque enim credendum eſt, ſapientiſſimũ Imperatorem Marcum hanc legem edidiſſe, niſi menti teſtatoris eam conſonam eſſe putauiſſet, quia nulla alia idonea cauſa afferri poteſt cur ſic fuerit conſtitutum, & ideò cauendum eſt ab ijs, qui aliud ſcripſerunt, de quibus Turamin. Epiſtol. Academic. 7.

15 Hęc de ratione conſtitutionis dicta ſufficiãt, nũc cõſtitutionẽ explicemus, cuius tenorẽ recẽſet I. C. & ait. *Iã hoc iure vtimur ex D. Marci, & Veri conſtitutione, vt, cum pater impuberi filio in alterũ caſum ſubſtituit, in vtrumque caſum ſubſtituiſſe intelligatur.*

Putant noſtri ex bis verbis probari hac conſtitutione cautum fuiſſe non modò, vt vulgaris ad pupillarem trahatur, ſed etiam vt ad vulgarem pupillaris porrigatur, ſed non rectè, duplici ex cauſa. Primò, quia I. C. ſtatim exemplificans, id quod verbis generalibus dixerat, inquit. *Siue filius hæres non extiterit, ſiue extiterit, & impubes deceſſerit.* Hæc enim verba vulgarem porrigi ad pupillarem indicant, non econtra, ergo in verbis ſuperioribus noluit I. C. his verbis affirmare id, quod DD. contendunt, alĩàs deſeciſſet in proponendo exemplo eius quod verbis generalibus dixerat, quæ fuit animaduerſio Lancilloti Politi.

16 Secundò redarguitur expoſitio communis, quia eam ſequendo oportet exponere verba illa *in alterum caſum ſubſtituit*, ideſt *in alterutrum*, quod ſecundum regulas latini ſermonis fieri non poteſt, vt rectè animaduertit celeberrimus I. C. Ant. Fab. *de erroribus pragmatic. decad. 32. error.* 10. Pergit deindè Iuriſconſultus, & ait. *Quod ius ad tertium quoque genus ſubſtitutionis tractum eſſe videtur: nam ſi pater duos filios impuberes hæredes inſtituat, eosq́ue inuicem ſubſtituat, in vtrumque caſum reciprocum ſubſtitutionem factam videri D. Pius conſtituit.*

17 Dum I. C. appellat reciprocam ſubſtitutionem tertium ſubſtitutionis genus, non intelligit eam eſſe ſubſtitutionix ſpetiem: id enim euidenter falſum eſt, vt expoſui lib. 4. cap. 6. ſed voluit indicare eam eſſe tertium modum, ſeu formulam ſubſtituendi diſtinctam a formula, qua vulgaris fit, & pupillaris, craſſius genus accipiendo, quod in iure noſtro ſæpius fit, *vt in l. 3. §. genera, de acquir. poſſeſſ.* & alibi, vt eo loci expoſui num. 27.

18 Ait ergo I. C. legem hanc Marci, & Veri ex cõſtitutione Pij ad reciprocã ſubſtitutionem tractam fuiſſe, quod an verum ſit meritò dubitamus, cum ante Marcum Pius imperauerit. An dicemus, Pium Imperatorem, dum ſtatuit, reciprocam duobus filijs impuberibus factam ad vtrumque caſum pertinere, motum fuiſſe ex mente teſtatoris, quam dedu cebat ex particulari circunſtantia, quia teſtator alterum altero ſuecedere voluit, & quia de fratribus agebatur, ideoq́ue cum ex hac conſtitutione fuerit declaratum veriſimile eſſe teſtatorem, qui duobus filijs reciproce ſubſtituit, voluiſſe in vtrumque caſum ſubſtituere, conſtitutio Marci, quæ diſpoſuit, teſtatorem, qui filio in primum caſum ſubſtituit in vtrumque ſubſtituiſſe. Ad hunc quoque caſum tracta fuit, non quidem ex mente Pij, ſed re ipſa, quod indicat I. C. dum ait, *Tractum eſſe videtur.*

19 Poſtquàm autem I. C. dixit, conſtitutionẽ Marci, quæ de vulgari loquitur, pertinere etiam ad reciprocam ſubſtitutionem, inquit. *Sed ſi alter pubes, alter impubes hoc communi verbo eosq́ue inuicem ſubſtituo, ſibi fuerint ſubſtituti, in vulgarem tantummodo caſum factam videri ſubſtitutionem Seuerus, & Antoninus conſtituerunt.*

Continent hæc verba explicationem eius, quod dixerat, ſubſtitutionem reciprocam non minus, quam vulgarem ad ſecundum caſum trahi, vt hoc intelligatur, ſi modò filij, quibus fuit facta ſubſtitutio, ſint paris ætatis, cuius rei rationem ſubdit ſtatim I. C. de qua antequàm agamux, videndum eſt, quid ſibi velit I. C. dum ait, *hoc communi verbo, eosq́ue inuicem ſubſtituo ſibi fuerint ſubſtituti.* Hinc noſtri frequentiſſimis calculis colligunt, verbum ſubſtituo commune eſſe ad directas, & obliquas diſpoſitiones, quorum ſententia meritò notatur a recẽtioribus, nempe a Cuiac. in hac lege, & ab Anton. Fabr. *lib. 15. c. 10. & de errorib. decad. 34. error. x.* & ab alijs: neque enim in hac lege de fideicommiſſis agitur, aut olim vlla erat communio verborum

inter

inter directas, & obliquas dispositiones, immò hoc nomine potissimum distinguebantur, vt est apud Vlpianum *in tit. de hæredib. instit. de fideicomm. in principio, & de legat. in princ.*

20 Putat autem Cuiac. verbum substituo commune appellari a I. C. quia vulgari, & pupillari substitutioni congruit, quod mihi nō probatur, si enim ex vi verbi, qui ait, *vosque inuicem substituo*, pupillarem continet, frustra facta fuit constitutio a Pio Imperatore, vt qui duobus filijs impuberibus hoc verbo substituit in vtrunque casum substituisse intelligatur, frustra etiā quærit I. C. an ad hunc casum constitutio Marci pertineat, ex quo intelligimus, vim verbi *substituo* vsu loquendi restrictam fuisse ad substitutionem vulgarem: suaptè enim natura ad omnes pertinet substitutiones, & ideò pupillarem continet, quæ passim hoc nomine nuncupabatur, & nuncupatur.

Dicamus ergo cum Anto. Goueano in huius legis explicatione commune verbum dici, communem orationem, & sententiam: cum enim reciproca duobus, pluribusve fit vnico verbo, vtique verbo communi pluribus fieri dicitur: verbum autem pro oratione accipi notissimum est, nec probatione indiget.

21 Sed ad I. C. reuertamur, qui post prædicta, subdit hæc verba. *Incongruum enim videbatur, vt in altero esset duplex substitutio, in altero esset sola vulgaris*, in quibus proponitur ratio, cur reciproca facta pluribus, quorum vnus pubes est, non contineat, quò ad impuberes, pupillarem, quia scilicet testator, qui vno, eodemque verbo omnibus substituit, videtur eundem sensum habuisse, quò ad omnes; si enim secus esset, diuersis verbis vsus fuisset. Incongruum ergo esset, vt respectu impuberis duas contineret substitutiones, respectu verò puberis vnicā. Hæcque est illa ratio, de qua intelligit tex. *in l. in testamento 6. C. de milit. testam.* dum agens de substitutione reciproca facta a milite duobus, quorum vnus incapax erat substitutionis pupillaris, ait. *Iuris quidem ratio manifesta est, licet militibus proprio priuilegio, etiam hæredibus extraneis, posteaquam hæredes extiterint, substituere: sed tibi probandum est, an ita frater tuus senserit.* Sensus enim est cum incongruum esse iuris ratio moneat, vt substitutio pluribus facta eodem verbo, respectu vnius sit simplex, & respectu alterius duplex, manifestum est, reciprocam factam eo in casu a milite, pupillarem continere non posse, cum adesset vnus, qui pupillaris incapax erat, & licet ei ex priuilegio licuerit in secundum casum alteri etiam substituere, tamen id fecisse non præsumitur, & ideò necesse est, vt doceas, eū voluisse militari priuilegio vti, vt obtinere possit in huiusmodi reciproca pupillarem contineri: & hic est germanus huius tex. intellectus, quem tamē alij aliter exponunt, præcipuè Ant. Faber *lib. 15. coniect. c. 11.* de qua re latius egi supra *c. 39.* a num. 14. huius libri.

Eadem ratione nititur decisio, de qua *in l. quamis, C. de impub. & alijs subst. in l. Lucius 4. vers. respondi, ff. de vulg. & pupill. subst.*

22 His expositis, I. C. docet parentes rationem substituendi, cum filij sunt imparis ætatis, cum volunt impuberi substituere pupillariter, & ait. *Hoc itaque casu singulis separatim substituere pater debebit, vt si pubes hæres non extiterit, impubes ei substituatur, si autem impubes hæres extiterit, & intra pubertatem decesserit, pubes frater in portionem coharedis substituatur, quo casu in vtrunque euentum substitutus videbitur.*

Nota illa verba. *Si autem impubes hæres extiterit, & intra pubertatem decesseris, pubes frater, &c.* quia continent pupillarem substitutionem expressam, & tamē facta hoc modo substitutione *in vtrūque euentum substitutus videbitur*. Ergo constitutio Marci, & Veri continebat, vt pupillaris expressa traheretur ad vulgarem, aliàs I. C. non idoneam rationem substituendi in prædicto casu inuenisset; nam cum pupillaris toto cœlo distet a vulgari, ex eo, quod pater pupillariter substituisset, non poterat colligi, eum vulgariter quoque substituisse, maximè, quia alteri filio consueto modo vulgarē substitutionem scripserat.

Nec dicas ex voluntate testatoris a verbis recedi, quia hoc intelligitur, si modò euidens sit, & fuerit concludenter probata *l. non aliter, de leg. 3.* quapropter in specie nostra difficillimum fuisset a verbis recedere; cum nulla extaret circunstantia (rem enim in abstracto considerat I. C.) quæ mentem testatoris clarè ostenderet, & ideò substitutus obtinere non potuisset, quòd est aduersus mentem I. C. qui asserit, hoc in casu ei non esse opus, vt pupilli hæreditatem consequatur, voluntatem testatoris probare.

23 Neque huic sententiæ refragantur multa, quæ aduersus eam disputat Ant. Faber *de erroribus prag matic. decad. 32. error. 9. &* 10. quia, dum contendit, iuris rationem nō pati, vt ad vulgarem porrigatur pupillaris, libenter manum damus; dicimus enim, id ex constitutione fuisse introductum, dum verò vtitur auctoritate tex. *in l. paterfamilias, de priuileg. credit. aliàs de bonis auctoritat. iud. poss.* respondemus hoc non licere, quia desumptus fuit ex libris Iaboleni I. C. qui vixit ante Marcum, & Verum auctores nostræ constitutionis, vt constat *ex l. 2. in fi. ff. de orig. iur.* sed ad alia pergamus.

Posteaquàm Iurisconsultus consilium præbuit parentibus substituendi filijs imparis ætatis, ostendit, huiusmodi consilium esse bonum, & ait. *Ne si vulgari modo impuberi quoque substituat, voluntatis quæstionem relinquat, vtrum de vna vulgari tantum substitutione sensisse intelligatur. Ita enim in altero vtraque substitutio intelligetur, si parentis voluntas non refragatur.*

Bonum cōsilium se dedisse ex eo ostendit, quòd tollitur hac ratione dubitatio, quæ oritur, cum separatim vtrique filio vulgariter substituerit, an de vna vulgari tantummodò in vtroque intellexerit, quia facta substitutione prædicto modo, *in altero vtraque substitutio intelligetur, si voluntas parentis non refragetur*, in altero, idest in impubere, qui duplicis substitutionis capax est, intelligitur, inquam, nisi voluntas parentis refragetur, quod, quia probandum erit ab eo, qui id affirmat ex regula iuris vulgata, ei, qui dicit, incumbit onus probandi, meritò non impedit substitutum, quin obtinere possit.

24 Non omitto interim Ant. Fabr. *lib. 15. coniect. cap. 19.* corrigere text. in illis verbis, *vtrum de vna*

T tan-

tantummodò vulgari, &c. quod ideò non probo, quia ſatis commodè textus explicatur ſecundum mentem I.C. & vſum ſermonis latini, *de vna tantummodo vulgari*, ideſt de ſola vulgari.

25 Ideò autem relinquitur voluntatis quæſtio, cum pater duobus filijs imparis ætatis ſeparatim vulgariter ſubſtituit, quia hinc inde vrgent rationes, quæ ita rem dubiam reddunt, vt non poſſit conſtitui regula, quid plerumque verius ſit. Pro parte affirmatiua vrget ratio, quæ mouit Marcum, & Verum ad conſtituendum, vt vulgaris traheretur ad pupillarem; pro contraria parte vrget, quod iiſdem verbis puberi filio ſubſtituit, ſi enim diuerſimodè filijs ſubſtituere voluit, cur eiſdem verbis ambobus ſubſtituit?

Caueas ergo ab opinione interpretis Clariſſimi Fachinei, qui putat I.C. non aſſerere in hac ſpetie indiſtinctè relinqui voluntatis quæſtionem, ſed eũ affirmare, poſſe relinqui voluntatis quæſtionem propter varias ſingulorum caſuum circunſtantias; cum etenim I.C. quæſtionem infinitam, hoc eſt nullis circunſtantijs diffinitam, examinet, perperam ad eam terminandam confugeret ad circunſtantias, quæ ad ſingulares facti ſpeties pertinent.

Inſuper monet I.C. parentes, ne vulgariter ambobus ſubſtituant, ne relinquant voluntatis quæſtionem, ergo clarum eſt, eum, qui ſic ſubſtituit, relinquere voluntatis quæſtionem.

26 Et ex his decidi poteſt facillimè, quinam melius ſenſerint, an interpretes Itali, qui, facta duobus filijs ſubſtitutione vulgari ſeparatim, aiunt, eam, quę impuberi facta fuit, ad pupillarem porrigi, an Vltramontani, qui id negant, de qua agitur a DD. *in l. 1. ff. de vulg. ſubſt.* & a D. Fachin. *lib. 4. controu. c. 68.* ex his, inquam, colligitur neutros bene ſentire. Si enim I.C. ait, relinqui quæſtionem voluntatis, quomodo defendi poſſunt illi, qui regulam pro altera parte conſtituunt, tunc enim nõ eſt amplius res ſub quæſtione, ſed clara, & aperta pro eo, cui regula ſuffragatur.

27 Itaque in hac ſpetie iudex, cuius munus eſt quæſtionem voluntatis determinare *l. 7. C. de fideicomm.* perpenſis circunſtantijs locorum, temporum, & perſonarum, quod veriſimilius eſt, ſequitur, non iniungendo vlli onus probandi voluntatem defuncti, quod magni refert: cum enim ad aliquem ſpectat voluntatem probare, debet plenè, & concludenter id facere, cum verò quęſtio voluntatis eſt, ſatis erit, vt alter obtineat, rem veriſimiliorẽ reddere; quam differentiam apertè indicat I.C. *in verſ. ita enim in altero caſu*, &c.

28 *Vel certe euitandæ quæſtionis gratia* (hæc ſunt poſtrema verba noſtri tex.) *Specialiter in vtrumque caſum impuberi ſubſtituat fratrem, ſiue hæres non erit, ſiue erit, & intra annos pubertatis deceſſerit.* Mens I.C. eſt occurrere cuidam obiectioni, quæ ipſi fieri poterat, cum enim dixiſſet, facta ſubſtitutione filio impuberi eo modo, quem ipſe docuerat, moueri poſſe quæſtionem voluntatis, eum quis hoc ſermone poterat compellare vir bonæ nõ ſatis bene conſulis, cupio enim omnem prorſus dubitandi occaſionem tollere, itaque doceas, quæſo, rationem, quemadmodum voti fiam compos; ait ergo Iuriſconſultus, eum, qui velit omnem tollere dubitationem, exprimere debere vtrumque caſum, ſi ſcilicet hæres non erit, & ſi erit, & impubes deceſſerit; tũc enim nulla ſupereſt de voluntate quæſtio *l. ille, aut ille, de leg.* & ex his intelligis, non eſſe aſſentiendum Fabro *lib. 15. coniectur. cap. 19.* qui longè aliter de hac re ſentit.

Et hęc de hac difficili lege dicta ſufficiant, ſi quis aliorum ſententias intelligere cupit, eius adeat interpretes, necnon DD. *in l. in teſtamento, C. de teſt. milit. in l. quamuis, C. de impub. & alijs ſubſtit.*

Teſtamentum an reuocetur ex eo, quod teſtator dixerit coram ſeptem teſtibus ſe ſe nolle illud valere, quia vult decedere inteſtatus ad §. ex eo, Inſt. quib. mod. teſt. infirmantur. *Cap. XLIIII.*

1 E*X eo autem ſolum non poteſt infirmari teſtamentum, quod poſtea teſtator id noluerit valere* inquit Iuſtin. *in §. ex eo, Inſt. quib. mod. teſt. infir.* an id verũ ſit, cũ hoc dixerit corã ſeptẽ teſtibus dubitãt DD.

Fulgoſius, & Caſtr. *in l. ſancimus, C. de teſtam.*
Ant. Faber *decad. 39. err. 6.* negant hoc ſatis eſſe, vt
2 non ſit locus huic textui, affirmant autem Imola,
in l. ſi ita ſcriptum, nu. 5. de lib. & poſth. Bal. *in d. l. ſan*
cimus, num. 2. Barbatia *conſ. 60. a num. 7. lib. 2.* latè
Socin. iun. *conſ. 145. a num. 9. lib. 2.* Card. Mant. *lib.*
2. de coniect. tit. 15. num. 19. 20. 21. & alij quos refert, & ſequitur D. Maſſinius *diſtinct. 56. num. 17.*
18. diſtinguit verò Bart. *l. ſi iure, num. 3. de leg. 3.* inter teſtatorem, qui id dixit ſimpliciter, & eum, qui addidit ſe velle decedere inteſtatũ. Primo caſu negat teſtamẽtũ reuocari. Secũdo verò affirmat: cum Bart. ſentiunt alij communiter, vt per Alex. *in d. l. ſancimus, num. 9. & in d. l. ſi ita ſcriptum, §. regula, nu. 4.* Socin. iun. *in rubr. de acquir. poſſ. a nu. 137.* & alij apud Manticam, *vbi ſuprà num. 19.*

3 Prima opinio apud me certiſſima eſt ex eo, quod Imp. loco allegato tractat ex profeſſo, quomodò teſtamentum reuocetur, & indiſtinctè aſſerit ex eo non reuocari, quòd teſtator dixerit ſe nolle illud valere, cum enim nulla ſit lex, aut ratio, quæ hunc ſermonem reſtringere ſuadeat, nulla cauſa eſt, cur id fiat.

Quod nulla extet lex indè conſtat, quod nulla hucuſque ad hoc probandum allata fuit, & ideò, an vlla ratio ſit, quæ ad id faciendum nos inducere poſſit, videamus.

4 Secundum teſtamentum non tollit primum, niſi ita perfectum ſit, vt ex eo hæreditas adiri poſſit *l. prima, & ſecunda, de iniuſto rupto, l. ſancimus, C. de teſtam. §. 1. Inſt. eod. tit.* Vlpianus *in fragm. tit. 22. in principio.* multò minus ergo ex eo reuocabitur, quòd teſtator dixerit coram ſeptem teſtibus, ſe nolle illud valere, quia vult decedere inteſtatus; quia plus eſt imperfectum teſtamẽtum facere, vt docet tex. *in d. §. ex eo*; inquit enim *ex eo autẽ ſolo non poteſt infirmari teſtamentum, quod poſteà teſtator id noluerit valere vſque adeò, vt ſi quis poſt factum prius teſtamentum poſterius facere cęperit, & aut mortalitate præuentus, aut, quia eum eius rei pœnituit, id non perfeciſſet Diui Pertinacis oratione cautum ſit, ne aliàs tabulæ priores iure facta irrita fiant, niſi ſequentes iure ordinatæ, & perfecta ſint, nam imperfectum teſtamentum ſine dubio nullum eſt.*

Plus

Plus inquam eſt, quia teſtamentum, ne ita perfectum ſit, vt ex eo hæreditas adiri non poſſit, prout neceſſè eſt, vt per ſecundum tollatur primum, vnius ſolemnitatis defectus ſufficit, etiamſi ſeptem teſtes idonei adſint.

5 His accedit textus *in l. ſancimus, C. de teſtam.* dū ait, *ſi autem teſtator tantummodò dixerit non voluiſſe prius ſtare teſtamentum, vel alijs verbis vtendo contrariam aperuerit voluntatem, & hoc vel per teſtes idoneos, non minus tribus, vel inter acta manifeſtauerit, & decennium fuerit elapſum; tunc irritum eſt teſtamentum tam ex contraria voluntate, quam ex curſu temporis.*

Exponit Imp. hoc loco, quemadmodum teſtamentum ex eo reuocetur, quòd teſtator dixerit, ſe nolle illud valere, & docet opus eſſe decēnio, etiā ſi inter acta ſuam declarauerit voluntatem, ergo idē eſt ac ſi eam coram ſeptem teſtibus declarauiſſet, quid fides actorum numero ſeptem teſtium æquipollet, ſecundum traditiones eorum, aduerſus quos diſputamus *in l. omnium* 19. *C. de teſtam.* vbi Alex. *num.* 4. Iaſ. *num.* 15. *& quod etiam docent in l. pacta nouiſſima, C. de pactis,* vbi Alex. *num.* 3. Iaſ. *num.* 10. & alij multi de quibus Capifereus *de num. teſtium* p. 1. c. 25.

6 Id ipſum non obſcurè inſinuāt illa verba, *& hoc vel per teſtes idoneos non minus tribus, vel inter acta manifeſtauerit,* vt enim animaduertit Caſtrenſis, hæc verba oſtendunt quidem Imperatorem eſſe ſolicitum ne minus tribus teſtibus hæc voluntas probetur, nihil tamen eum æſtimare, quod pluribus teſtibus hæc voluntas probata fuit, niſi decennium effluxerit.

Quod ſi aduerſarij cauilando, vt ſolent, huic animaduerſioni ſe ſe opponunt, non tamen efficient, ne hæc verba iuſtam dubitandi cauſam nobis præbeant, quod nobis ſatis eſt ad affirmandum Imperatorem non fuiſſe eius mentis, vt teſtamentum ſic reuocetur: neque enim in re tanti momenti, & quæ nullibi explicata eſt, ambiguo ſermone vſus fuiſſet.

7 Huic textui Alex. & alij reſpondent eum non loqui, cum teſtator dixit ſe nolle inteſtatum decedere, quod redarguitur ex illis verbis, *ſi autem teſtator tantummodò dixerit non voluiſſe prius ſtare teſtamentum, vel alijs verbis vtendo contrariam aperuerit voluntatem:* hic enim ſermo vi ſua continet illum, qui dixit ſe nolle teſtamentum valere, quia vult decedere inteſtatus, & quia illi, qui nolunt teſtamentum a ſe conductum valere, eius mentis ſunt, vt ab inteſtatò decedant, niſi de ſecundo teſtamento conficiendo meditentur.

8 Quod verò dicunt verbo illo *alijs verbis vtendo* &c. ſignificari eum, qui eo modo id dixerit, qui in verbis antecedētibus ſignificatur, nō cōſiſtit, quia hæc ſimilitudo non debet in omnibus adeſſe, ſed in eo, de quo agitur, quia nullum ſimile eſt idem, & proindè ſatis eſt, teſtatorem nuda voluntate teſtamentum voluiſſe reuocare, cum de hoc ibi principaliter ageretur.

Quod eò facilius admitti debet, quia nihil refert, teſtatorum dixiſſe explicitè ſe ſe velle inteſtatum decedere, qui enim non vult primum valere teſtamentum vtique vult inteſtatus decedere, ſi de ſecundo non meditatur, taciti enim & expreſſi par virtus eſſe ſolet.

9 Quod vt melius appareat, quæro ab ijs, qui Bart. ſequuntur, an hanc expreſſionem deſiderent, quia per eam aliqua teſtatoris diſpoſitio deducatur in eſſe, aut quia alias non ſubintelligeretur hæc clauſula.

Si primū dixerint, ſe ſe irridendos prębent, nam qui vult decedere inteſtatus, non vult teſtari, cum velit hæreditatem a lege deferri.

Si verò alterum reſpondebunt: ab ipſis rurſus quæro, an loquantur eo caſu, quo quis de ſecundo teſtamento non cogitat, aut de eo, qui de eo cogitat: ſi primo caſu loquantur, euidens eſt eum velle aduenientes ab inteſtato hæreditatem pertinere, quia ſcit ſe non poſſe efficere, vt ad alios hæreditas perueniat, niſi de ipſa legitimè fuerit teſtatus.

10 Si verò altero caſu loquā tur, adhuc idē eſt, cū is de quo agimus, eius mentis ſit, vt ſi ſecundum teſtamentum perficere non potuerit hæreditas vadat ad venientes ab inteſtato, cum ſciat, ad alios aliter, quam ex teſtamento perfecto, deferri non poſſe.

Nulla ergo cauſa eſt, cur verba Iuſtiniani, qui profitetur ſimplici, ac facili via iuris elementa explanare *§. 1. Inſt. quib. mod. teſt. infirm.* reſtringantur, maximè, quia cum agatur de re maximi momenti, & quotidiana incredibile eſt eam fuiſſe a iuris noſtri auctoribus prætermiſſam; valeant ergo qui contrarium ſcribunt.

Teſtamentum perfectum quemadmodum poſſit nuda voluntate reuocari, ſi decennium effluxerit a die conditi teſtamenti ad l. ſancimus, C. de teſtam. *Cap. XLV.*

1 Regula iuris eſt nuda voluntate teſtamentum non reuocari, *l. ſancimus, C. de teſtam. §. ex eo, Inſt. quib. modi teſt. infirm. §. etſi quidem, Auth. de imperfectis teſtam.* hæreditas enim ſemel data facilè adimi non poteſt, *l. 1. §. fin. ff. de his, quæ in teſtam. delentur.*

Nec his contrarium eſt, quod ſcribitur *in l. vnica, ad finem ſi tabulæ teſtam. nullæ ext.* dum ait.

Si hæres inſtitutus non habeat voluntatem, vel quia inciſæ ſunt tabulæ, vel quia cancellatæ, vel quia alia ratione teſtatur voluntatem mutauit, voluitque ab inteſtato decedere, dicendum eſt ab inteſtato rem habituros eos, qui bonorum poſſeſſionem ſuſceperint.

Cum enim I.C. non tractet, quibus modis teſtamenta infirmentur, mutata a teſtatore voluntate, ſed quemadmodum non exiſtentibus tabulis proximi ſuccedant, nihil de hoc determinat, ſed ſupponit id, quod legum, aut Prudentum auctoritate receptum fuerat, dum ergo ait, vel quia alia ratione mutauit voluntatem, intelligendus eſt de ratione a legibus cognita, veluti ſi teſtator teſtamentum induxerit, *iuxta l. primam, in princip. de his quæ in teſt. del.*

2 Ab hac regula excipitur ſpecies, de qua *in l. ſancimus, C. de teſtamentis,* dum ait.

Si autem teſtator tantummodò dixerit non voluiſſe prius ſtare teſtamentum, vel alijs verbis vtēdo contrariam aperuerit voluntatem, & hoc vel per teſtes idoneos,

neos, non minus tribus, vel inter acta manifestauerit, & decennium fuerit elapsum, tunc irritum est testamentum, tam ex contraria voluntate, quam ex cursu temporali.

3 Circa quam primò dubitatur, ex quo tempore decennium incipiat, & a die conditi testamenti incipere docent ibidem Cinus, Angelus, & alij frequentissimis sentētijs, vt per Ias. *nu.* 15. idem probat Ant. Fab. *decad. 39. err. 6. a num. 9.* & rectissimè, cum enim Iustinianus dicat se non pati, vt testamenta per decennij transcursionem euanescāt, vt in veteribus constitutionibus continebatur, nisi apparuerit mutatio voluntatis medio tempore facta, sequitur leges veteres saluas esse, cum de huiusmodi constiterit voluntate, & proindè decennium a die conditi testamenti incipit, quia, vt admonet rectè Faber, lex vetus ab hoc tempore decennium numerabat *l. 6. C. Theod. de testam.*

4 Secundò dubitatur, an proximis satis sit probare lapsum decennij secundum modum a Iustiniano datum vna cum mutatione voluntatis, an verò sit necesse probare testatorem in ea voluntate durauisse; si enim eam mutauerit prius testamētum stabit, *l. 4. de adim. leg.*

Contra venientes ab intestato vrget regula *l. 2. de probat.* ipsi enim mutatam voluntatem allegant vna eum perseuerantia vsque ad mortem.

5 Contrarium est verius, nam probato lapsu decennij, & mutatione voluntatis, ipsi ex l. Iustiniani fundatam habent intentionem, aduersus quam, si scriptus hæres excipiat, ad eum onus probandi pertinebit, *l. in exceptionibus, de probationibus.*

6 Quod si agatur de eo, qui solitus sit mutare sententiam, & de eo, qui pluries testatus fuerit, facilè probabitur mutatio voluntatis, maximè si cariores fuerint defuncto hæredes scripti, quàm venientes ab intestato: idem est si cessauerit causa, ob quam noluit testamentum valere, vel si quid superuenerit, ob quod mutare sententiam expediuerit: ex his enim homines ad mutandam sententiam facilè mouentur.

7 Tertiò dubitatur quales debeant esse testes, qui mutationem voluntatis probant: & vt vno verbo me expediā, omni exceptione maiores esse debent, & ad hoc, ipsum rogati, vt sint mutatæ voluntatis testes.

Debere eos esse omni exceptione maiores probatur *ex Auth. de testibus, §. sancimus, in fine,* dū ait,

Et nō quosdam artifices ignobiles, neque vilissimos, neque nimis obscuros ad testimonium procedere, sed vt si qua de eis dubitatio fuerit, possit facilè demōstrari testium vita, quia inculpabilis atque moderata est.

Si enim regulariter tales esse debent testes, vtique maioris fidei esse debebunt in hac materia, in qua falsitates comitti verētur iuris nostri auctores, *l. fin. C. de fideicōmis. l. pen. C. de testam.* propter quod Iustinianus noluit duos testes ad probandam mutationem voluntatis sufficere.

8 Opus autem esse, vt sint rogati probatur *in d. Auth. de testibus, §. & licet,* dum ait, *hæc autē inania, & ex transitu perhibita testimonia, vt propter quodam aliud opus adueniens audias aliquos dicentes accepisse ab aliquo aurum, aut debere alicui: hæc nanque nobis apertè suspecta sunt.*

Si enim genus hoc testimonij, veluti suspectum indignum fide Iustiniano videtur, non est, cur putemus illud voluisse admitti ad probandam mutationem voluntatis, de qua agimus: atque ita sensit Aretinus *in §. ex eo, Inst. quibus mod. test. infir.*

9 Quartò dubitatur, an mutatio facta a testatore irato satis sit ad hūc effectum, & siquidem in ipso iræ calore id fecerit non erit satis, *l. quod calore, de reg. iuris, l. 19. C. de inoff. testam.*

Si verò deindè dixerit se nolle testamentum valere, nihil est, quod eius vim impediat: iustus enim dolor ab iræ furore longè distat.

Quòd si non multò post, hæredes scriptos in gratiam receperit, eos cariores habendo, quam veniētes ab intestato, putandum est ira efferuescente, eū mutauisse voluntatem; si enim ex animi sententia id fecit, cur eos in gratiam recepit?

10 Quintò dubitatur, an dispositio huius legis habeat locum in testamento ad pias causas, & in partem affirmatiuam inclinat Iason *in d. l. sancimus, nume. 15. vers. cogita, & rectissimè:* cum enim secundū regulas iuris naturalis non referat quò de mente testatoris constet, iuri positiuo ascribendum est, nudam voluntatem ad reuocandum testamentum non sufficere.

Cum itaque receptum sit regulas iuris gentium in hoc testamento obseruari, vt notatur *in cap. relatum il secondo, de testam.* nulla causa est, cur dicamus legis positiuæ sanctionem a Iustiniano hoc in casu limitatam non habere locum in testamento ad pias causas.

11 Immò etiam si non fluxerit decennium, optimè facturus est Ecclesiæ Rector, si ex testamento nuda voluntate, de qua tamen non dubitatur, reuocato, successionem non capiet, quia retinere hæreditatem aduersus mentem testatoris, nimis distat ab ea morum puritate, quæ propria Ecclesiæ est.

Licet enim ius ciuile huiusmodi testamentum valere velit, non tamen facit, aut facere potest, quin hæreditas contra mentem defuncti retineatur ab hærede scripto, quod apud æqui & boni amatores plus valet, quam iuris ciuilis auctoritas. *vide l. final. ff. de hæred. instit. atque ita rectissimè scribit* Bald. *in l. 1. num. 66. C. de Sacrosanct. Eccl.*

12 Cumque naturæ maximè conueniat, vt quod quisque iuris in alium statuerit ipse eodem iure vtatur, *l. 1. ff. quod quisque iuris*, vtique valdè conuenit, vt Ecclesia quæ in testamentis ad sui fauorem conditis, regulis iuris naturalis vtitur, iuxta notata *in d. cap. relatum*, eiusdem iuris regulas in eodem testamento reuocando obseruet, cū ex eodem fonte vtrunque descendat eadem enim voluntas; quam solam sufficere aiunt ad constituendum testamentum pium satis esse debet ad illud reuocandū. Huc pertinet id quod notant Surdus *decis.* 129. *a num.* 12. Rota *decis.* 713. *par.* 1. *in recentioribus*, eum, qui ex licentia Principis, vel ex lege municipali potest facere testamentum cum duobus testibus, posse illud eum duobus testibus reuocare.

Laudandique erunt Ecclesiarum Prælati si ex huiusmodi testamentis hæreditatē nō cęperint, sequuti exemplum illud, quod in casu planè simili tantoperè laudat D. Augustinus *Serm. 2. de vita Clericorum*, cuius verba habentur 17. *quæst.* 4.

Quàm laudabile, ait D. August. *factum sancti, & venerabilis Episcopi Aurelij Carthaginensis? quomodo impleuit os omnium, qui sciunt laudibus Dei: quidam enim cum filios non haberet, neque speraret, res suas omnes (retento sibi vsufructu) donauit Ecclesiæ. Nati sunt ei filij, postea ei reddidit Episcopus, nec etiā opinanti illi, quæ donauerat in potestate habebat Episcopus ea non reddere, sed iure fori, non iure poli*.

Quæ postrema verba glossa exponēs inquit preclarè, *quasi dicat ad hoc non cogebatur iure actionis, sed quadam naturali æquitate tenebatur*.

13 Quòd si Ecclesiæ Prælatus veræ pietatis oblitus iuris ciuilis rigori tenacius inherens hæreditatem vindicet, venientes ab intestato adeant Summum Pontificem, qui pro ea quæ Sedis Apostolicæ propria est, vera genuinaque pietas, errorē Prelati emēdabit, quis enim ignorat apud Summum Pastorem pluris esse debere voluntatē testatoris, de qua constat, quam iuris ciuilis regulas?

Huc pertinet textus *in l. fin. ff. de hæred. instit.* vbi legitur ablatam fuisse hæreditatem a Principe hæredi, qui eam tenebat ex testamento, secundum iuris rigorem valido, quia eam contra voluntatem testatoris tenebat.

14 Cuius textus auctoritate optimè facturi sunt omnes supremi Principes, si neglecto iuris ciuilis rigore, testamentum nuda volūtate reuocatum, de qua constat, infirmauerint: apud eos enim æquum, & bonum plus valere debet quam iuris ciuilis scrupulositates.

Alienatione rei legatæ, vel per fideicommissum relictæ, an legatum, vel fideicommissum ademptum videatur ad l. fideicommissa 11. §. si rem suam, de leg. 3. ad l. scribit 36. §. primo, de auro & arg. leg. ad l. cum seruus 15. de adim. legatis. *Cap. XLVI.*

1 Si testator alienauerit rem legatam, vel per fideicommissum relictam ipso iure manet legatum, & fideicommissum, sed per exceptionem legatarius & fideicommissarius repelluntur, si eius mentis testator fuerit, vt legatum & fideicommissum reuocetur, *l. scribit 36. §. item scribit, de auro & argen. lega.*

An verò presumendum sit testatorem huiusmodi, cum de mente eius non constat, legatum adimere voluisse videamus.

2 Metianus, vt Vlpianus refert *in l. fideicommissa 11. §. si rem suam, de leg. 3.* putabat, quod si testator necessitate vrgente legatum, vel fideicommissum alienauerit, legatum peti hoc non obstante posse, nisi probetur aliud sensisse testatorem, eumque Vlpianus sequitur.

Idem sentit Pomponius *in l. scribit, §. 1. de auro & arg. leg. versic. sed si ex necessitate.* Modestinus *in l. rem legatam 18. de adim. leg.*

3 Contra Paulus *in l. cum seruus 15. de adim. leg.* nulla facta distinctione causæ ob quam alienata res fuit, ait.

Cum seruus legatus a testatore, & alienatus rursus redemptus sit a testatore, non debetur legatario opposita exceptione doli mali.

Cū scitet hac in re distingui a Metiano, & Pomponio inter alienationem voluntariam, & necessariam non affirmauisset indistinctè alienationem nocere legatario, & fideicommissario, nisi putauisset hoc indistinctè verum esse: maximè cum serui, quorum veteres maximam copiam habebant, plerunque alia de causa, quam ob necessitatem alienarentur.

4 Idem expressit idem Paulus *in l. 1. de peculio*, dū ait, *seruo legato cum peculio, & alienato, vel manumisso, vel mortuo legatum, etiam peculij extinguitur*, nisi enim indistinctè putauisset alienationem adimere legatum, non coniunxisset eam cum morte, & manumissione eo in loco, vbi ex professo de extinctione legati agebat; id ipsum expressit idem Paulus *in l. 1. & in l. 5. de fundo instructo.*

5 Idem sentire videtur Pomponius, dum *in l. si ex toto 8. de leg. 1.* ait, *si ex toto fundo legato testator partem alienasset, reliquam dūtaxat partem deberi placet:* illud enim verbum placet indicat eum sententiam dicere hac in re, in qua, cum non ignoraret Metiani distinctionem, vtique indistinctè non fuisset loquutus, si eam probauisset.

6 Eadem opinio probatur *ex §. si quis ancillas, Instit. de legatis*, dum ait, *sed si seruus fuerit cum peculio legatus, mortuo seruo, vel manumisso, vel alienato peculij legatum extinguitur.*

Si enim alienatio ita demum adimit legatum, si vltro facta fuit, cur coniungitur cum manumissione, & morte?

7 Ab opinione Pauli stare etiam videntur Antoninus Imp. & Celsus I.C. qui referente Iustiniano *in §. si rem suam, Instit. de legatis*, putabant, quod si rem suam legauerit testator, postea que eam alienauerit, legatum deberi, si non adimendi animo testator rem alienauerit.

Illa enim verba, si non adimendi animo &c. allegationem legatarij replicantis aduersus hæredē continent, & ideò animus huiusmodi ab eo probandus est *l. 2. de probat.* quod si ita est alienatio secundum Celsum, & Antoninū per se idoneum signum est mutatæ voluntatis, quod est illud, quod censet Paulus.

Quod ipsum clarius desumitur ex verbis subsequentibus, quæ sic se habent. *Si verò quis partem rei legatæ alienauerit, pars quæ non est alienata omninò debetur, pars autem alienata ita debetur si non adimendi animo alienatu sit.*

Dum enim Imperator ait partem non alienatā omninò deberi, non id dicit, quòd omninò, & indistinctè pars huiusmodi debeatur, cum accidere facile possit, vt ex alienatione partis appareat mens testatoris totum legatum adimendi, sed id dicit, quia legatarius fundatam habet intentionem in ea parte, in alia verò nequaquam, & ideò ait ita demum legatario partem alienatam deberi, si nō adimendi animo alienauerit, nam cum huiusmodi animus a legatario sit allegandus onus probationis ei incumbit *d. l. 2. de probat.*

8 Metianus ergo Pomponius, Vlp. & Modestinus distinguunt inter alienationem ex mera voluntate factam, & eam quæ necessitate vrgente facta fuit: Celsus autem, Paulus, & Antoninus absque distinctione afferunt alienationem aduersus legatarium, & fideicommissarium exceptionem parere, nisi de contraria mente defuncti apparuerit.

Quæ autem sit inter has sententias differentia videamus, qui pro regula constituunt alienationem idoneum esse adempti legati signum, docent hæredem habere intentionem fundatam contra legatarium, & fideicommissarium: sufficit enim ei, qui conuenitur habere regulam pro se, vt repellat actorem, *l. 1. ff. de reg. iuris*. & ideò secundum hanc opinionem indistinctè onus erit legatarij docere de mente testatoris, quod rem alienauit alia mente, quam legati adimendi.

Econtra illi, qui distinguunt inter alienationem ex voluntate mera factam, & eam, quam necessitas expressit ita demum putant hæredem habere intentionem fundatam contra legatarium, si vltrò facta fuerit alienatio, & ideò cum præ necessitate facta fuit alienatio aiunt oportere hæredem nolentem soluere legatum, probare mentem testatoris, *l. fideicommissa. 11. §. si rem suam, ff. de leg. 3.*

9 Discordant ergo adinuicem huiusmodi opiniones, vt nullam videam eã cõciliandi rationem, quæ enim a DD. pro conciliatione afferuntur ex dictis resselluntur. Existimo autem distinctionem Metiani compilatoribus placuisse, cum eam non vno loco disertis verbis expressam in ff. retulerint; & ideò ex eorum mente reijcimus contrariam Pauli opinionem, quod ipsum DD. probauerunt, cum secundum huiusmodi distinctionem locos Pauli, & alios allegatos, intelligi debere censuerint.

10 Hac igitur sententia retenta explicandum est, quæ nã alienatio ex necessitate facta dicatur, quòd si titulo oneroso facta fuerit eam ex necessitate factam videri docent Alex. *cons. 31. num. 9. lib. 3. cons. 168. num. 4. lib. 6. & cons. 157. num. 1. lib. 7.* Socin. iun. *cons. 162. num. 25. lib. 2.* Gabriel *cons. 103. num. 1. lib. 1.* Menoch. *lib. 4. præsumpt. 167. num. 9.* Mantica *lib. 12. tit. 6. num. 13.*

Hæc sententia mihi displicet: cum enim ad inducendam aliquam præsumptionem opus sit plerumque id verum esse, vt exposui lib. 5. c. 39. nulla causa est, cur dicamus alienationem titulo oneroso factam in dubio censeri ex necessitate factam, cũ sępissimè homines titulo oneroso res suas distrahant nulla necessitate vrgente.

11 Aduersus eandem sententiam vrgent plurimũ illæ leges, in quibus dicitur indistinctè alienatione rei legatæ legatum adimi, nempè *l. cum seruus 15. de adim. leg. l. 1. de peculio, l. 1. & 5. de fundo instructo, l. si ex toto 8. de leg. 1. §. si quis ancillas, & §. si quis rẽ suam, Inst. de legatis*. eas enim restringere ad eum casum, quo testator tit. donationis, cuius vsus perrarus est, rem alienauerit, vim affert ipsis, & vt vno verbo dicam, intollerabilis restrictio est.

12 Legatarius ergo, & fideicõmissarius etiamsi de alienatione onerosa agatur ostendere debebit ex necessitate eum alienauisse, hoc est vrgente ære alieno, vel vt suis familiæque suę necessitatibus cõsuleret, quo casu diligenter animaduertendum est, an alia ratione æquè commodè testator potuerit id facere, nam tunc alienatio ex necessitate facta non diceretur; intentio itaque legatarij, & fideicõmissarij sufficienter probata erit, cum probatum fuerit incommodè testatorem alia ratione potuisse id facere, quod per alienationem huiusmodi fecit ad subleuãdas suas necessitates, & ideò si probauerit legatarius, testatorem remunerandi animo alienauisse, nihil agit, & bene per Mant. *d. tit. 6. nu. 17.*

Hinc intelligimus quemadmodum dotis causa alienatio necessaria dici debeat, si scilicet ęquè cõmodè alia ratione eam constituere non poterat.

13 De voluntaria alienatione nunc agendum est: in primis autem reijciendi sunt illi, qui putant oportere rem traditam fuisse, pretiumque a testatore fuisse acceptum, vt propter eam legatum reuocetur, quos refert Menoch. *lib. 4. præsumpt. 167. num. 29.* Mant. *d. tit. 6. num. 15.*

Nam nihil enim est, quod huic sententiæ suffragetur, leges enim de hac re loquentes nullũ de hoc verbum habent. Ratio quoque propter quam receptum est alienationem voluntariam adimere legatum hoc casu locum sibi vindicat: cur enim rem alienat si eam vult ad legatarium, & fideicõmissarium peruenire? atque ita rectissimè scribunt Aret. *in §. si rem suam, Inst. de leg.* Gabriel *cons. 103. num. 7. & 9. lib. 1.*

14 Nec his obstat tex. *in l. prædia 27. §. liberto, de fundo instructo*, quia eius species nihil commune habet cum re nostra.

Testator legauerat fundum cum ijs, quæ in eo erunt cum ipse morietur, deindè cum aliquantum vini in dolijs ibi existentibus haberet, totum vendidit, & tertiam partem pretij accepit: fuit dubitatum an vinum, quod traditum non fuerat legatarij esset.

Respondi ait I. C. *verbis quæ proponerentur contineri, nisi manifestè contrariam voluntatem cohæredes approbent.*

Duplex dubitatio oriri poterat. Primò, an vinũ sub legato contineretur. Secundò, an per venditionem legatum, quò ad vinum ademptum esset.

Prima autem dubitatio dupliciter accipi poterat in sensu, scilicet diuiso, & in sensu composito: dicam clarius. Primò poterat quæri, an verbis *cum ijs, quæ in fundo erunt tempore mortis* vinum a testatore ibi reconditum contineretur. Secundò poterat quæri, an vinum ibi positum a testatore, & venditum ab eodem, sed nondum traditum sub huiusmodi verbis contineretur.

Primo modo dubitatio accepta insulsa esset, & ideò dum ait I. C. vinum sub huiusmodi verbis cõtineri in sensu composito loquitur, quo sensu accepta, rectissimè res se se habet, quia, dum I. C. ostendit vinum venditum, & nõ traditum in legato cõtineri, propositæ dubitationi optimè satisfacit.

Non pertinet ergo hic text. ad rem nostram, quia decisio I. C. nõ fundatur in eo, quod alienatio non ademerit legatum, sed quia verba legati sic concepta erant, vt cõtinerent res alienatas ibi existentes, si modo traditæ non fuerant.

15 Sed quid si testator cum pacto de retrouendendo rem alienauerit legatum ne ademptum censebitur? affirmat Gomesius *variar. resolu. tit. de legatit, num. 56.* negat Francus *decis. 283. nu. 4. vers. itẽ.*

Pro Gomesio vrget, quod alienatio sic facta abdicat ius a vendente, transfertque dominium plenũ in emptorem, ita vt venditori non supersit aliud, quam ius cogendi emptorem ad rem sibi vendendam, iuxta ea, quæ communiter notantur *in l. 2. C. de pactis inter empt. & vendit.* & ideò vindicat sibi

locum

locum fundamentum illud, si testator voluisset rē ad legatarium peruenire, eam in alium non transtulisset.

16 Franci verò opinio in eo fundamentum habet, quòd cum testator omninò rem a se non abdicauerit, non videtur animum habuisse adimendi legati, & quia facta retrouenditione res in pristinam causam redijsse censetur ad tradita per eundem Francum *decis.39.*

17 Prior opinio verior est; nam dicta alienatio secundum ius nostrum, & communes DD. traditiones efficit, ne res amplius sit testatoris, & proindè cum retrouenditio fit, dominium quod acquirit, non est illud ipsum, quod antea habebat, & ideò nulla differentia est inter eum, qui simpliciter vendidit, & eum de quo agimus, sicut ergo tūc re alienata recuperata, non redintegratur legatū, *l. si seruus 15. de adim. leg.* ita nec in casu nostro redintegrari debet, cumque actio, quam sibi reseruauit longè differat a re legata, non potest legatarius in eam ius legati exercere. vide *l. 11. §. si rem, de leg. 3.* & proinde verissimum est, quantum ad legatarium spectat, testatorem omne ius a se abdicauisse.

18 Ad fundamentum aduersæ partis ex dictis respondetur, quod eo fragilius est, quod nititur decisione *l. voluntate, ff. quib. mod. pignus vel hypoth. soluat. vt ex dicta decis. 39. constat num. 1.* quæ rationē particularem habet, *vt in vers. non enim*, & quia pertinet ad casum, in quo rē testator recuperauit.

19 Cum autem ratio diuersitatis nulla adsit inter legatum pium, & cætera legata, quò ad rem nostram, in eo enim militat illa ratio, cur rem alienauit testator, si voluit eam ad legatarium peruenire? iure meritò reijcitur opinio eorum quos sequitur Tiraquellus *de priuilegijs pia causa, cap. 41.* qui dicebant materiam nostram non habere locum in legatis ad pias causas; aduersus quos scribunt Natta *cons. 613.* Mantica *d. tit. 6. num. 5.*

20 Sed quid si testator promiserit alicui rem legatā vendere reuocatum ne erit legatum? quod negant Alex. & Boerius quos refert, & sequitur Menoch. *d. præsumpt. 167. num. 28. & 45.* ex eo moti, quod promissio de alienando non sit alienatio.

Nihil est, res enim hæc pendet ex eo, quod testator, qui voluit rem legatam in alium transferre, nulla necessitate cogente censeatur nolle eam ad legatarium peruenire, & ideò nulla est differentia inter alienationem, & promissionem de alienando, quia dum testator se obligat rem in alium transferre, vtique non vult eam ad legatarium peruenire.

Ex quo intelligimus idem iuris esse, si testator mandauerit alicui, vt rem distrahat, eadem enim ratio prorsus viget.

21 Quòd si permiserit alicui, vt rem alienet, ita demum reuocatum censebitur legatum, si res alienata fuerit. vide tex. *in Authen. rogatus, C. ad Trebellianum.*

22 Ex his sequitur non rectè sentire Bald. & Castr. quos refert, & sequitur Card. Mantica *d. tit. 6. nume. 14.* dum docent alienationem ab hærede iussu testatoris factam, non adimere legatum, quod etiā scripsit Salic. *in l. 3. nu. 3. C. de legatis*; cū enim legatum sit donatio a testatore relicta, & ab hærede legatario præstanda, euidens est testatorem, qui iubet, hæredi rem legatam distrahere, nolle eam legatario tradi, & proindè si eam postulauerit legatarius, doli mali exceptione repelli poterit *l. 3. in fine, de adim. legatis, l. cum tale 71. §. falsam causam, ff. de condit. & demonstr.*

Nec contrarium dicit tex. ex aduersò allegatus *in l. postquam, in fine, ff. vt legatorum nomine caueatur*, quia non dicit textus rem, quæ alienata fuit legatam fuisse, & ideò non est, cur quis diuinando id affirmare velit aduersus iuris rationem.

23 Sed quid si testator ex pretio rei legatæ aliā comparauerit, licebit ne legatario eā petere veluti subrogatam in locum rei sibi legatæ? nequaquam, cū id non liceat, quoniam rem ipsam legatam recuperauit, *l. cum seruus, de adimend. legatis.*

Huc spectat *l. 11. §. si rem, de leg. 3.* dum ait, *Paulatim igitur admittemus, etsi ex hac parte pecunia rem comparauerit, quam non hoc animo exegit, vt fideicommissarium priuaret fideicommisso, posse adhuc fideicommissi petitionem superesse.*

Cum enim I. C. hoc admittat eo tantum casu, quo testator non habuit animum adimendi fideicommissum, aliud erit cum alienatio est ex ijs, quæ ademptionem legati continent, prout est ea, de qua nunc agimus.

An legitimus testium numerus sit necessarius in testamento in actis condito ad l. omnium, C. de test. *Cap. XLVII.*

1 NOn esse necessarium legitimum numerum testium in illis testamentis, quæ in actis facta fuerunt scribunt communiter DD. *in l. omnium, C. de testa. in l. pacta nouissima, C. de pact. & alijs in locis*, quos indicat Capiferreus *de numero testium in test. requisito, par. 1. c. 25.* idem placet D. Fachin. *lib. 6. c. 86.*

Mouentur primò *ex d. l. omnium, C. de test.* Secundò *ex l. sancimus, eodem titulo.* Tertiò *ex l. in donationibus, C. de donat.* Quartò, quia videtur cessare timor falsitatis.

2 Contrarium verius esse puto secutus Ricardum de Malumbra, & Angelū Perusinum, quia nullibi hoc cautum reperitur, proindè etiam in hoc testamento sibi locum vindicant sanctiones, annullantes testamentum, si vnus ex testibus requisitis defecerit, *l. si vnus, l. hac consultissima, in principio, & §. per nuncupationem, l. in istis, C. de testam. cum simylib.*

3 *Ad l. omnium*, respondeo eam agere de eo, qui testamentum ritè factum apud acta publicat, inquit enim, *sicut ergo securus erit, qui actis cuiuscunque iudicis, aut municipum, aut auribus priuatorum mentis suæ supremum publicauit iudicium*, & ideò non pertinet ad rem nostram, quia aliud est publicare, aliud condere testamentum, vt res ipsa indicat, & probat *l. testamenta 18. C. eod. tit.*

Ideò autem testator in actis quandoque testamentum publicabat, quia hac ratione euitabantur dubitationes, quæ in aperiendis testamentis quandoque oriebantur. *vide l. 1. §. final. l. 4. 5. 6. & 8. ff. quemad. test. aper.*

Hæcque responsio ex eo euidētissima est, quod textus coniungit, parique iure determinat eos, qui

in actis

in actis ſuum publicā t elogium,& eum, qui coram priuatis exponit ſupremam ſuam voluntatem, ſi enim dicimus textum agere de eo, qui condit teſtamentum in actis, quid queſò hæc res commune habet cum eo, qui auribus priuatorum ſupremum publicauit iudicium?

4 Ad ſecundum reſpondeo legem huiuſmodi loqui de eo, qui profitetur ſe ſe nolle ſuum teſtamentum amplius valere, & ait oportere eum coram tribus ad minus teſtibus hanc ſuā exponere voluntatē, vel inter acta, & ideò ex hoc textu nihil aliud colligi poteſt, quam fidem actorum trium teſtium fidei æquipollere.

5 Ad tertiū reſpondeo legem ex aduersò allegatā commodiſſimè retorqueri, dum enim non obſcurè inſinuat conſtitutionem, quæ non ſine bat donationem valere, niſi adhibiti fuiſſent teſtes neceſſarij, aut vicini, habuiſſe locum in donatione, quæ in actis fiebat, antequam huiuſmodi conſtitutio edita fuiſſet, argumentum nobis præſtat non obſcurum, leges ſolemnia præſcribentes ad euitandas fraudes, habere locum etiam in actibus inter acta factis.

6 Ad tertium reſpondeo dupliciter. Primò non ceſſare timorem fraudis, quia actis ſcribendis mediocris fortunæ homines operam dant, quod biſce temporibus in Italia accidere videmus, plerique enim ex bis, viliſſimos natales, & præanguſtum patrimonium ſortiti ſunt.

Secundò reſpondeo, non eſſe hanc idoneam rationem eximendi teſtamentum huiuſmodi ex legitima obſeruatione, nam cum agitur de teſtamento coram Principe facto omnis ceſſat timor fraudis, & tamen opus fuit particulari conſtitutione, vt huiuſmodi teſtamentum valeret, ſi obſeruatio legum in eo deficeret, vt diſertè *in d.l.omnium*, habetur.

Caueant ergo Iuſdicentes, ne huiuſmodi ſententiam ſequantur, quia hoc eſſet aperire viam falſitatibus, quas in vltimis voluntatibus committi iuris noſtri auctores ſemper veriti ſunt.

Hypotheca an competat legatarijs, & fideicommiſſarijs in ipſiſmet rebus a teſtatore eiſdem relictis ad l.1.C.com. de legat. *Cap. XLVIII.*

1 Controuerſi iuris eſt, an ius hypothecæ, quod in fauorem legatorum, & fideicommiſſorum introduxit Iuſtin. *in l. 1. C.com. de legatis* detur etiā cōtra ipſaſmet res legatas, & per fideicommiſſum relictas. ad eas DD. *in d.l. 1. & in l. 1. ff. de leg. 1.* Craſſ. *§. legatum, quæſt. 76.* Surd. *deciſ. 76.* D. Fachin. *lib. 1 x. controuerſ. cap. 3 2.* Ant. Fabr. *de error. pragmatic. decade 48. errore 9. num. 8.* Statilium Paciſicum *de Saluiano interdicto inſpect. 3. c. 4. a nu. 60.* Scapucinum *in eodem tractatu, & alios ab ipſis relatos.* Peregr. *artis. 45. num. 49.*

2 Verba conſtitutionis, quò ad rem noſtram bæc ſunt. *Et inſuper vtilem Seruianam, ideſt hypothecariam, ſuper iis, quæ fuerunt derelicta in res mortui præſtare*, & non multò poſt in eandem ſententiam ſic loquitur. *Etiam aduerſus eum, non tantum perſonalem, ſed etiam in rem, & hypothecariam extendere actionem in rebus, quas a teſtatore conſecutus eſt; in omnibus autem huiuſmodi caſibus intātum & hypothecaria conueniri volumus, in quantum perſonalis actio aduerſus eum competit, & hypothecam eſſe, non ipſius hæredis, vel alterius, quæ grauata eſt fideicommiſſo, rerum, ſed tantum earum, quæ a teſtatore ad eum peruenerunt.*

3 Qui ſententiam affirmatiuam tuentur, vrgent illa verba *in res mortui præſtare*. Nam vi ſua continent etiam res per fideicommiſſum relictas, & eas, quæ legatæ fuerunt, quod etiam ſignificant illa verba. *Sed etiam in rebus, quas a teſtatore conſecutus eſt:* & illa, *ſed tantum earum, quæ a teſtatore ad eum peruenerunt.*

In contrarium eſt veritas, quia immò his verbis non obſcurè ſignificat Imperator non competere ius hypothecę his in rebus, dum enim inquit, *& inſuper vtilem Seruianam, idest hypothecariam ſuper iis, quæ fuerunt derelicta in res mortui præſtare* ſenſus eſt ſecundum gloſſ. & inſuper hypothecariam ſuper rebus relictis, idest pro rebus relictis, in res mortui prēſtare, neque enim excuſari ſermo Iuſtiniani poſſet, ſi dictio ſuper ita accipiatur, vt ſignificet in ipſaſmet res relictas Imp. hypothecam conceſſiſſe, nam apertè diſtinguit res derelictas a rebus mortui, in quas hypothecam concedit, hocque ex ipſiſmet verbis adeò euidenter colligitur, vt ſit tempus perdere diutius in hoc demonſtrando verſari, & ideò ex his verbis ſatis clarè intelligimus in ipſaſmet res a teſtatore relictas legatario, & fideicommiſſario hypothecam non dari, quia aliàs Imp. huiuſmodi res non diſtinxiſſet a rebus, in quas hypothecam dedit.

4 Eandem diſtinctionem facit idem Imper. dum ait. *Si enim teſtator legata, & fideicommiſſa dereliquit, vt omni modò perſonę ab eo honoratę per ea percipiant, apparet ex eius voluntate etiam pręfatas actiones contra res teſtatoris eſſe inſtituendas.*

Hæcque ratio effecit, vt Imperator ſic loquatur tractans de eo, a quo legatum, vel fideicommiſſum relictum fuit, cum illud præſtare negligit. *Etiam aduerſus eum, non tātum perſonalem, ſed etiam in rem, & hypothecariam extendere actionem in rebus, quas a teſtatore conſecutus eſt.*

Cum enim is, qui aliquid legatario, vel fideicommiſſario prēſtare grauatus fuit, non dicatur rem huiuſmodi a teſtatore fuiſſe conſecutum, non ita locutus fuiſſet Imper. ſi hypothecariam ad ipſaſmet res relictas apud eum exiſtentes perſequendas, conceſſiſſet.

5 Multoque minus eandem rem explicans dixiſſet huiuſmodi actionem competere aduerſus res, quæ a teſtatore ad eum, a quo relictæ fuerunt, peruenerunt, neque enim vlla ratione dici poteſt legatum ad eum perueniſſe, *l. aliud eſt ſapere 71. ff. de verb. ſigni. iuncta l. a Titio ff. de furt. l. ſi tibi homo 88. §. cum ſeruus, ff. de leg. 1.*

Non ita inquam locutus fuiſſet, cum enim multæ ſint cauſæ, cur huiuſmodi actio contra ipſas res relictas non detur, quas mox proponam, Iuſtinianus, qui id nominatim expreſſit de rei vindicatione *in verſic. liset eas*, diſertis verbis de hypothecaria etiam explicuiſſet, cum vbique claritatis amicum ſe profiteatur, & ſoleat ea, quæ aduerſus ius vetus introducit verbis ornare, quod ipſum in hac conſtitutione

tutione

tutione fecit, multis enim verbis causas exponit, cur has actiones introduxerit, etiam si nulla sit causa, cur id absurdum videatur, quemadmodum accidit in eo, de quo tractamus.

6 Cum enim is, qui hypothecaria agit debeat probare rem in bonis, seu dominio sui debitoris extitisse Bart. *in l. rem alienam, ff. de pignor. act.* & alij communiter, non est huiusmodi actio apta ad id, quod quærimus persequendum, quia res legata in bonis debitoris, hoc est hæredis, nunquam extitit, *l. a Titio, ff. de furt. l. si tibi homo 88. §. cum seruus, de leg. 1.*

7 Item is, qui hypothecaria vtitur, narrat debitorem suum esse morosum in satisfaciendo sibi, & ideò petit possessionē rei hypothecatæ, vt eam retineat, quousque sibi fuerit de suo credito satisfactum, vt constat ex DD. *in §. item Seruiana, Inst. de act.* ex Practica Papiensi *in libello actionis hypothecariæ*, vt alios præteream, legatarius itaque, & fideicommissarius, dum instituent hanc actionem contra ipsasmet relictas, allegabunt hæredem, vel eum, a quo legatum, & fideicommissum fuit relictum, non præstare illud, postulando, vt sibi tradatur res retinēda quousque ipsis satisfactum fuerit, quod quam absonum sit nemo non videt.

8 Hanc absurditatem quidam pragmatici cū animaduertissent, dixerunt aliter in hac spetie libellum esse concipiendum, ac regulariter in hac actione fiat, aduersus quos, inconuincibiliter obstat, quod nec Iustinianus, nec alius iuris nostri auctor id introduxit, & ideò temerè id fit, neque enim nobis licet proprios singularum actionum libellos immutare, quia ex propria singularum actionum natura dependent, quam vtique nobis non licet immutare. Hæcque absurditas ex tenore sententiæ euidentius colligitur, nam si iudex ita rem tradi iubeat, vt apud actorè maneat, quousque ei fuerit ex fructibus satisfactum, iniuriam facit legatario, & fideicommissario, quibus res ita debetur, vt perpetuò apud eos maneat. Si verò ita rem tradi iubebit, vt perpetuò penes eos maneat, confunditur ius hypothecæ cū iure rei vindicationis, hoc enim ius proprium est rei vindicationis, quæ in dominio fundamentum habet, vt ita actori res tradatur, vt perpetuò apud eum maneat.

9 Item cum per hypothecariam actionem rei possessionē cōsequimur, fructus in sortē imputantur, reique distrahendę ius non habemus, quorum neutrum in hac spetie, cum non sit admittendum, manifestè sequitur, naturam huius actionis non admittere, vt cōtra rem, de qua agimus instituatur, quod si ita est, quis audebit affirmare, licere nobis ex verbis Iustiniani, quæ commodissimè alium sensum accipiunt, ius istud colligere.

10 His accedit regula *l. neque pignus 46. ff. de reg. iur. l. si rem alienam 29. ff. de pign. act. l. penultima, in fine, ff. de except. rei iud.* pignus nēpè non consistere in re propria, & iure meritò, quia qui habet rei dominium amplius iuris in re consequi non potest, quia dominium plenitudinem iuris continet, *l. 3. §. ex pluribus, ff. de acq. poss. l. cum quis 35. de leg. 3. l. an eadem 54. §. an actiones, ff. de except. rei iud. §. sed si rem, Inst. de leg.* neque enim dubitatur legatarium, & fideicommissarium rei dominos fieri, cum legatum fuit agnitum, & fideicommissum verbis restitutū, *l. a Titio, ff. de furt. l. si tibi homo 88. §. si seruus, ff. de leg. 1. l. facta, l. restituta, ff. ad S. C. Trebell.* quod tamen nō cōtingit in spetie, de qua agitur *in Auth. de restit.* nam fideicommissarius, cum ex re hæredis potest ei satisfieri, non agit in ea spetie contra possessores, *vt in vers. si autem nulla,* & ideò nostræ sententiæ non obstat *Auth. contra rogatus*, quæ ex hoc loco desumpta fuit.

Ex quo intelligimus non subsistere id, quod scribūt Bart. *in l. final. nu. 16. C. de S. S. Eccl.* & cū eo alij communiter, dum docet eum, qui ex iure spetiali dominium in re habet posse habere in eadem re pignus, cum enim huiusmodi dominium plenitudinem iuris cōtineat, quò ad rem nostram nihil ab eo dominio differt, quod iure ordinario competit.

11 Nec Bart. suffragatur *l. idemque, ff. qui pot. in pignor. habeant.* quia in ea spetie pupillus ius quidem habebat dominij cōsequendi, dominium tamen ipsum non habebat, *l. 3. C. arbitr. tutel. l. 2. ff. si ex fact. tutor. & exponit gloss. in d. l. idemque,* multoque minus ei suffragatur regula *l. in bello, §. si quis seruum, ff. de capt. & postl. reuers.* ea nēpè, quæ iure extraordinario competunt non impedire ea, quæ iure ordinario concedunt, quia intelligitur, de illis, quæ insimul stare possunt, eorum enim quæ simul stare nequeunt, nulla societas datur, nec contrarium probat *l. in rebus, C. de iur. dot.* vt constat ex ijs, quæ scripsi suprà c. 2. a num. 2.

12 Vt interim omittam regulare esse, vt dominij translatio in vltimis voluntatibus traditione non egeat, *l. cū hæredes, ff. de acq. poss.* qua de causa DD. *in l. traditionibus, C. de pact.* vno ore scribunt, illius legis regulam non pertinere ad vltimas volūtates, & ideò nō est verum dominium penes legatarium, & fideicōmissariū residens, ex iure spetiali residere, & ideò capax esse hypothecæ, quo pertinet textus *in l. rem alienam, ff. de pignor. act.* dum tractanx de eo, qui ex vltima voluntate nactus fuit dominium, apertè negat, hypothecam non posse consistere ad fauorem domini.

13 Hæ sunt illæ difficultates, in quas incidimus retenta ea interpretatione, quam aduersarij afferūt, ex quibus non possumus nos extricare, nisi multa aduersus iuris regulas cominiscamur, de quibus tamen nulla extant in constitutione Iustiniani inditia, quod cum suaptè natura absque legis auctoritate euidenti fieri non debeat, iuxta regula *c. cum expediat, de elect. in 6.* in spetie nostra duplici ex causa non est admittendum. Primò, quia non posset excusari Iustinianus, quòd circa ea, quæ patiuntur modicam difficultatem, immoretur; illud verò, quod tot habet spinas, ijs verbis explicet, quæ commodissimè in alium sensum trahi possunt. Secundò, quia vix vlla extat vtilitas huius introductionis, cum tamen in rebus nouis constituendis euidens vtilitas esse debeat, *l. 4. de const. Princip.*

14 Actio, de qua agimus, aut instituitur contra eū, a quo legatum, vel fideicommissum relictum fuit, vel contra eius successorem vniuersalem, aut particularem, aut contra illum, qui ab eo causam non habet. Si contra eum, eiusque successorem vniuersalem, quid opus est hypothecaria, cum actione personali, aut rei vindicatione facillimè eam adipisci

piſci poſſit, non valente reo factum defuncti in dubium reuocare, *l. ex qua perſona, de regul. iur.*

15 Si verò agatur contra ſingularem ſucceſſorem, aut contra eum qui ab alio cauſam habet, non aliter actor obtinebit, quam ſi oſtenderit dominium, vel publicianam in re defunctum habuiſſe, Bart. *in l. rem alienam, ff. de pignor. act.* DD. *in §. item Seruiana, Inſt. de act.* Practicum Papienſem *in libello huius actionis.* Statilium *in tractatu de Saluiano, inſpect. 2. cap. 1. à num. 36. ad nu. 56.* & ideò nihil refert actori vtatur ne rei vindicatione, an hypothecaria, cum ad rem vindicandam huiuſmodi probationes ſatis ſint, vt tradunt DD. *in §. omnium, Inſt. de act.*

16 Scio aduerſarios ſtatim reſpõſuros eſſe hypothecariam, quidem non magis vtilem eſſe, quã rei vindicationẽ, aut Publicianam, Saluianum tamen interdictum vtile, quod competit creditoribus habẽtibus hypothecam, longè commodius eſſe, quam ſit rei vindicatio, aut Publiciana, ſed facilè occurritur, propterea quod non indè ſequitur Iuſtinianum qui toties de hypothecaria egit, ſi ipſa per ſe nõ poterat prodeſſe, fruſtra eam conceſſiſſe, cur enim interdicti huiuſmodi mentionem non facit ſi hypothecaria non poterat aliter prodeſſe, quàm quia ex ea oritur Saluianum vtile? toties inquam de hypothecaria egit, nunquam Saluiani mentione facta, ſcilicet in hac lege noſtra, & *in l. ſequenti, in l. finali, in fine, C. de Sacroſanct. Eccleſ. in §. noſtra, Inſt. de legatis*, eoque difficilius admittere hoc debemus, quòd plurimæ cauſæ ſunt, cur non admittamus ſequelam, quam aduerſarij inculcant, hypothecaria actio competit, ergo & Saluianũ vtile interdictum datur, quas expoſui lib. 5. cap. 37. neque enim excuſari poſſet Iuſtinianus, quod tam obſcuram legem, in re adeò quotidiana nobis reliquerit.

Hypotheca introducta pro legatis, et fideicommiſſis, an habeat locum in legato annuo, in legato vſusfructus, in fructibus ex legato, & fideicommiſſo perceptis, in donatione cauſa mortis, an poſſit remitti à teſtatore, & an detur contra tertios poſſeſſores ad l. 1. C. com. de legat. & fideicom. *Cap. XLIX.*

1 Circa conſtitutionem Iuſtiniani concedentis actionem hypothecariam pro legatis, & fideicommiſſis, de qua *in l. 1. C. com. de leg.* aliæ etiam exoriuntur dubitationes.

Quarum prima eſt, an habeat locum in legato annuo, quod negat Surd. *deciſ. 28.* ex eo motus, quod huiuſmodi legata ſoluuntur ex fructibus rerum *l. firmio, §. pater, ff. quando dies leg. ced. l. liberto, §. 1. ff. de annuis leg.* onus ergo ea ſoluendi eius proprium erit, qui res poſſidet. Hæres ergo, cuius onus non eſt ſoluere huiuſmodi legata, hac actione conueniri non poterit.

2 Addit præterea Surdus fieri contra voluntatem defuncti, ſi pro huiuſmodi legato daretur hypotheca, quia per eam efficeretur, vt onus hæc legata ſoluendi eſſet bonorum, cum tamen ipſe voluerit, fructuum onus eſſe.

3 Contrarium verius eſt proculdubio, quia verba Iuſtiniani hypothecam concedentis, vniuerſalia ſunt, dum ait. *Omnibus verò tam legatis, quam fideicommiſſis vnam naturam imponere, et non ſolum actionem perſonalem concedere, ſed etiam in rem* &c. eodẽ ſermone in eadem conſtitutione vtitur, dum ait, *quatenus liceat eaſdem res, ſine per quodcunque genus legati* &c. alibi etiam eandem rem tractans ſermone pariter vniuerſali vtitur, ſcilicet *in l. 2. C. com. de legat. in §. ſed noſtra, Inſt. de leg.* neque enim nobis licet ex ſermone vniuerſali legata annua excipere, cum nulla ſit cauſa, cur id faciamus, vt ex ſolutione argumẽtorum Surdi apparebit: hocque eſt ex mente DD. ipſi enim nulla facta diſtinctione inter legata quæ ſemel, & ea quæ ſingulis annis præſtantur, hypothecam, pro legatis competere ſcripſerunt, cũ enim inter DD. de legatis annuis frequens mentio ſit cur indiſtinctè loquuntur, ſi ſecus eſſe in legaris annuis exiſtimant?

4 Primum argumentum ex eo coruuit, quod falſum eſt poſſeſſoris rerum onus eſſe ſoluere huiuſmodi legata, quia hoc ſpectare ad eum, a quo relicta fuerunt conſtat *ex l. 2. ex l. 3. §. ſed ſi fuerit adiectum, ex l. 5. & 6. ex l. Seio 10. ex l. ſeruur 16. ex l. Titia 19. §. final. de annuis legat.*

5 Nec contrarium docent loci ex aduersò allegati, quia in illis teſtator declarauit, ex quibus bonis ea præſtarentur, quod non ſemper accidit, & ideò quod ibi dicitur ad alias ſpecies non eſt trahẽdum, in quibus onus eſt eius, a quo relicta fuerũt cum Iuſtin. in ſua conſtitutione expreſsè declarauerit eatenus hypothecam competere, qua tenus actio perſonalis pro legato datur.

6 Quod verò dicebatur annua legata ex fructibus rerum teſtatoris, non autem ex ipſiſmet rebus præſtari, multò minus nocet, quia is, qui hypothecaria agit, non rei dominium, ſed fructus conſequi ſtudet, & quia non poteſt definiri, vnde ſolui debeant legata, de quibus agimus, cum nulla ſit lex, quæ id definiat, & varia ſint eorum, qui teſtamenta condunt, ingenia, ac mores.

7 Secundò dubitatur, an huiuſmodi hypotheca competat pro legato vſusfructus, quod placet, & rectiſſimè Ant. Gomez. *var. reſol. tit. de legat. c. 12. num. 7.* nam verba conſtitutionis vniuerſalia ſunt, vt conſtat ex ſcriptis nu. 3. hocque ex mente DD. eſſe videtur, cum a regula, quam in hac materia firmant, non exceperint huiuſmodi legatũ, cum enim plurima fiat eius mentio in iure, non eſt credibile de eo non cogitauiſſe DD. dum de hac materia tractarunt, quo admiſſo euidens eſt eos exiſtimauiſſe pari iure illud cum cæteris vti, cum ipſum a regula non exceperint.

8 Contrariam partem tuetur Ioan. del Caſtillo *in tract. de vſufruct. cap. 6. num. 13. & 14.* motus duplici fundamento. Primò, quia dominium vſusfructus ipſo iure acquiritur vſufructuario, vt per Gomez. *loco allegato. num. 7.* hinc enim colligit hypothecam non poſſe competere vſufructuario per regulam *l. neque pignus, de regul. iur.*

9 Secundò ſic arguit, hypotheca, quæ competit pro legatis non datur in ipſamet re legata, gloſſ. *in l. 1. C. com. de leg.* ergo pro eodem vſuſfructu competere non poteſt.

10 Quod pertinet ad primum argumentum, reſpõdeo nos nõ affirmare hypothecam in ipſum ius dari, nam eius natura incapax hypothecæ eſſe videtur, ſed contra rem cuius vſusfructus relictus fuit,

&con-

& contra aliss res, quæ relicta fuerunt ei, a quo legatum testator reliquit eam competere contendimus.

11 Ad secundum respondeo, malam consequentiã esse hypotheca non datur in ipsomet vsufructu, ergo nõ datur pro ipso vsufructu, hoc est ad assequendum vsumfructum, alias sequeretur nunquam pro legato hypothecam competere, cum nunquam in ipsamet rem legatam hypotheca detur, vt rectissimè idem Castillo scribit, de quo egimus in antecedenti capite.

12 Tertia dubitatio est, an hypotheca detur legatario, & fideicommissario pro fructibus mala fide perceptis ex legato, & fideicommisso, quod negat Surd. *decis.* 271. quatuor motus fundamentis, quorum primum sic se habet.

13 Actio hypothecaria eatenus se extendit, quatenus actio personalis competit *l. contrahitur, ff. de pignor.* & disertè docet Imp. in fine nostræ constitut. at actio personalis in eo cõsistit, vt res relicta ei tradatur, cui relicta fuit, vt in hac constitutione *vers. si enim testator.* Bart. *in l. si legatus, ff. ad Trebell.* & alij communiter, igitur per hypothecariam actionem, quis solum consequetur, vt res sibi tradatur.

14 Secundò mouetur Surdus, quia fructus huiusmodi non continentur in legato, & fideicommisso, *l. in fideicommissaria, l. mulier, §. si hæres, ff. ad S.C. Trebell.* ergo actio de qua agimus pro fructibus non cõpetit, quia ea Imp. pro legatis, & fideicommissis inuenit.

15 Tertiò sic ratiocinatur, cũ quis aliquam rem hypothecæ subijcit, non continentur in ea fructus ex re percepti, nisi fuerint pendentes, cum hypotheca fuit contracta, Bart. *in l. assiduis, C. qui pot. in pign. hab.* & alij cõmuniter, ergo in hypotheca, de qua agimus fructus non continebuntur, nisi fuerint pendentes tempore, quo obijt testator.

16 Quartò mouetur, quia hypothecam tacitam nõ admittimus, nisi quatenus lege cautum reperitur, gloss. *in l. 2. ff. de priuileg. cred.* quam alij sequuntur, igitur nõ debemus admittere hypothecam, de qua agimus pro fructibus competere, quia nulla lex id nominatim cauet.

17 Contrariam partem sequor, cum enim is, qui in mora est teneatur fructus perceptos ex re legata, & fideicommissaria præstare, vt constat *ex l. si tibi homo 88. §. cum seruus, de leg. 1. l. 1. §. si cui, in fine, vers. bellissimè, ff. vt legator. & fideicommiss. nom. caueat. l. in fideicommissariam 18. ad S.C. Trebell. l. 2. & 3. ff. de vsur. l. 8. 14. & 39. eod. tit. l. qui restituere, ff. de rei vind. l. 2. ff. de fideicommiss. hæred. pet. iuncta l. item veniunt, §. item non solum, ff. de pet. hæred.* Sequitur hypothecariam actionem ad eos quoque pertinere, cum Iust. in sua constitutione nominatim disposuerit, vt hypothecaria eatenus se extendat, quatenus personalis actio competit, vt ex fine constitutionis apparet.

18 Huic sententiæ fauet *l. Lucius 19. ff. qui pot. in pign. hab.* dum docet hypothecam super sorte cõstitutam, pertinere etiam ad vsuras, fructuũ enim, & vsurarum quòad hanc rem par conditio est, *l. vsuræ 34. ff. de vsur.*

19 Huic rationi respondet Surdus dicendo hypothecam super principali constitutam, tũc ad accessorium pertinere, cum accessorium immediatè oritur ex principali, si enim mediante facto orirетur, vt accidit in fructibus, secus esse ait.

20 Nihil est, vt enim omittam nullam eum afferre huius distinctionis rationem, dico eam euidenter corruere ex ipso vsurarũ exẽplo, ex sorte enim non oriuntur immediatè vsuræ, cum pecunia sterilis sit, sed propter debitoris moram debentur ex legis ciuilis dispositione.

21 Et hæc opinio plurimum conuenit cum mente Iustiniani, qui profitetur se se hoc ius introduxisse, quò magis voluntas testatoris adimpleatur, retenta enim ea opinione, q̃ defendimus, plenius vtique satisfecit voluntati defuncti, qui voluit fructus rei relictæ pertinere ad legatarium, & fideicommissarium ab eo die, quo dies venit.

22 Ad primum respõdeo eum, qui rem tradere tenetur, ad fructus quoque indebitè perceptos teneri, & quidem ex natura eiusdem actionis, *l. 2. ff. de vsur.* & probant leges allegatæ, num. 17.

23 Secundum autem argumentum tollitur ex eo, quòd fructus, licet in fideicommisso, & legato non contineantur, ex natura tamen actionis personalis pro legato, & fideicommisso competentis veniunt quod nobis satis est, vt hypotheca ad eos quoque pertineat, vt probaui num. 17. & 18.

24 Vt tertium argumentum tollere possimus, animaduertere oportet, maximam differentiam esse, quærere pro quibus rebus detur hypotheca, & in quas res detur hypotheca, & ideò cum nos quæramus, an hypoteca, quæ pro ipso legato, & fideicommisso concessa fuit, detur etiam pro fructibus ex ipsis captis, non rectè allegatur Bart. doctrina, tractat enim Bart. de rebus, quæ sub vinculo hypothecæ continentur: iure autem ait non contineri fructus, quia non fuerunt in dominio debitoris, quod cum eo, de quo agimus, nullam habet communionem.

25 Postremum autem ideò non obstat, quia cum Iustianus disertè sanciat hypothecam eo vsque se extendere, quousque peruenit potestas actionis personalis, non obscurè declarat pro fructibus, ad quos actio personalis pertinet, hypothecam pertinere.

26 Quarta dubitatio pertinet ad donationem causa mortis, an ad ea, quæ mortis causa donata fuerũt persequenda hypotheca huiusmodi detur, quod placet Hippol. Riminaldo post nonnullos alios *ad principium Instit. de donat. num. 683. & 690.* contrarium tamen plerisque nostrorum placuit *ad l. 2. ff. de leg. 1. & alijs in locis*, de quibus Crass. *§. donatio causa mortis, q. 19.* quam sententiam defendit Ant. Fab. *de erroribus Pragmatic. decad. 48. error. 9.*

27 Prima opinio dubio procul verissima est *per l. finalem, C. de donat. caus. mort.* cum inquit tractans de hac donatione. *Omnes effectus sortiatur, quos vltimæ habent liberalitates, nec ex quacunque parte absimilis eis intelligatur*: cum enim hæc lex lata fuerit postquam Iustinianus actionem hypothecariam pro legatis concesserat, vt ex subscriptionibus vtriusque constitutionis patet, nulla causa est, cur dicamus hypothecam ad eam non pertinere, cum ratio, qua motus fuit Iustinianus huiusmodi donationi æquè bene, ac legatis conueniat.

28 Quintò dubitatur, an possit testator constitue-

re,

re, ne hypotheca huiuſmodi ad fauorem legatariorum, & fideicommiſſariorum oriatur, quod placet DD. communiter *in l. 2. C. vt in poſſ. legat. nom. in l. nemo poteſt, de leg. 1.* vbi Bart. *num. 9.* & alij de quibus Craſſ. *§. legatum, q. 76. in fine, & §. teſt. q. 66.* Surd. *deciſ. 28. num. 9.*

29 Mouentur ex eo, quod ad conſeruandam voluntatem teſtatoris, & in gratiam legatarij hoc fuit introductum, & ideò eatenus ei locus erit, quatenus teſtator voluerit, quia ad eum ſpectat præſtituere modum, quo volūtas eius obſeruetur, & quia poteſt de commodis legatarij detrahere, cū ei poſſet non legare.

30 Ego verò exiſtimo non poſſe quidem teſtatorē impedire ortum hypothecæ a Iuſtiniano inductæ, ſed tamen poſſe legatario, & fideicommiſſario vetare, ne ea vtatur. Non poteſt eius ortum impedire, quia iuri publico priuatorum voluntate derogare non poteſt *l. ius publicum, ff. de pact.* ex quo deſcendit non poſſe quempiam cauere, ne leges in ſuo teſtamento locum habeant, *l. nemo poteſt, ff. de leg. 1.* quod etiam obtinet in illis, quæ in gratiam voluntatis teſtatoris, & in vtilitatem legatarij fuerunt inuenta, *l. ſi vt allegas 11. C. ad l. Falcidiā, §. quia vero, Auth. de hered. & Falcidia, iuncta l. quia poterat. Inſt. ad S. C. Trebell. & Inſt. ad l. Falcidiam, in principio, l. 1. C. de vſufr. l. penult. C. vt leg. nom. caueat. iuncta l. 1. ff. vſufr. quemad. caueat.*

31 Sextæ dubitationi occaſionem dedit Ant. Fab. *de error. decad. 88. error. 9. a num. 7.* dum aduerſus cæterorum vnanimē ſenſum, probare contendit hanc hypothecam aduerſus eum ſolum dari, a quo legatum fuit relictum.

32 Contrarium veriùs eſſe exiſtimo, quia Iuſtinianus verbum nullum de hac re ait, quod non erat prætermittendum, cum a natura huius actionis plurimum aborreat, & ratio qua vtitur hoc fieri ſuadeat, ſi enim legata, & fideicommiſſa onera eſſe cēſentur partis relictæ ei, a quo legauit, *l. licet Imperator, de leg. 1.* propter quod non datur contra alia bona hypotheca, nulla cauſa eſt, cur credamus eum noluiſſe ei licere, hac actione contra tertios poſſeſſores teſtatori ignotos, exerceri. Maximè, quia legatario nullam afferret hæc conſtitutio, ſic intellecta, vtilitatem, cum in executionem rei iudicatæ in iudicio perſonalis actionis poſſent bona huiuſmodi capi *l. a Diuo Pio, §. pignora, de re iudicata,* huc pertinet tex. *in Auth. de reſtitut. §. ſi vero contigerit,* ex quo tex. omnis tollitur dubitandi occaſio.

Conditio natura impoſſibilis, an vitiet donationem cauſa mortis ad l. non ſolum, de act. & oblig. *Cap. L.*

1 Communis eſt opinio conditionem natura impoſſibilem non vitiare donationē cauſa mortis, Imola *in l. 1. num. 3. ff. de condit. inſtit.* & alij de quib. Dec. *in l. certi condictio, §. quoniam, num. 5. ff. ſi cert. pet.* vbi Iaſon, & Purpuratus *num. 52.* Coſta *in l. cum tale, §. arbitratu, in 2. ampliatione, de condit. & demonſtrat.* Craſſus *§. donatio cauſa mortis, q. 17.* fundamentum in eo conſiſtit, quod vltimæ voluntates non vitiantur ex conditione impoſſibili, *l. 1. de cōditionibus inſtitutionum, §. impoſſibilis, Inſt. de hæred. inſtit.* neque enim dubitatur donationem cauſa mortis vltimam voluntatem eſſe, *l. fin. C. de donationibus cauſa mortis, & in Inſt. de donat. in principio.*

Et hac ratione factum eſt, vt conditio iuſiurandi, quam in vltimis voluntatibus Prætor remittit, in donatione cauſa mortis etiam remittatur, *l. quæ ſub conditione, de conditionibus inſtitut.*

2 Contrarium, & melius docet Alex. *in l. impoſſibilis, num. 1. de verb. oblig.* nam etiamſi multæ afferantur rationes, cur obtinuerit impoſſibilem cōditionē non vitiare vltimas voluntates, cum ſecus ſit in contractibus, illa tamen veriſſima eſt, quam expreſſit I. C. *in l. non ſolum, ff. de act. & oblig.* dum inquit, *quia in ea re, quæ duorum pluriumvè conſenſu agitur omnium voluntas ſpectatur, quorum procul dubio in huiuſmodi actu talis cogitatio eſt, vt nihil agi exiſtiment appoſita ea conditione, quam ſciant eſſe impoſſibilem.*

Vis huius rationis eſt hæc, cum teſtator inſtitutioni, vel legato, aut fideicommiſſo impoſſibilem adijcit conditionem, non eſt admodum difficile exiſtimare eum noluiſſe ipſam obſeruari, cū enim liberum ei eſſet, quemadmodum teſtaretur, ſi noluiſſet diſpoſitionem effectum ſortiri, vtique non diſpoſuiſſet; & ideò poſt longam contentionem obtinuit halce conditiones in vltimis voluntatibus pro non adiectis haberi, *l. 3. de condit. inſtitut.*

Cum verò res duorū conſenſu peragitur, non eſt veriſimile eos voluiſſe eam diſpoſitionem ſortiri effectum, quam ſcienter fecerunt ſub impoſſibili conditione, atque ita rem hanc intellexerunt gloſſa *in l. 1. de condit. inſtitut.* Iaſon *in l. ſi mihi, & tibi, §. 1. prope finem, de leg. 1.* Cuiacius *ad d. l. non ſolum, & in l. 7. de verb. oblig.* vbi Vgo Donellus latè *numer. 4. & 5.* Viglius *in §. impoſſibilis, Inſtit. de hæredibus inſtituend. & alij* ex nouis interpretibus, quos omitto: res enim apud eruditos clara eſt.

3 Non eſt ergo conſtituenda differentia inter donationem cauſa mortis, & actus, qui duorum conſenſu perficiuntur; nam donatio huiuſmodi donatoris ſolius conſenſu non perficitur, *l. inter mortis 38. de donat. cauſa mortis.*

Hocque intelligas verum eſſe, conſidera hominum conſuetudinem hanc eſſe, vt cum de eorum commodo agitur, diligenter curent omnes dubitationes tollere, & ideò qui audit aliquē ſibi ſub impoſſibili conditione mortis cauſa donātem ſtatim eum interpellabit, ludat ne, an donet? quod ſi ille reſponderit, ſerio ſe donare, tollas ergo conditionem impoſſibilem replicabit: cur enim adijcis cōditionem, quam obſeruari non vis? quod eſt illud quod ſignificat I. C. *in d. l. non ſolum,* dum ait, *palam eſſe nihil eos agere voluiſſe inferendo conditionem impoſſibilem:* quæ ratio etiam militat, cum adeſt procurator donatarij, vel notarius, qui pro eo ſtipulatur.

4 Ad primum argumentum ex dictis, reſponſio colligitur, quia donatio, & cæteræ vltimæ voluntates, quò ad rem noſtram, differunt: illæ enim vnius conſenſu, hæc autem duorum voluntate, perficitur, quod non obſcurè inſinuat Iuſtin. *in §. impoſſibilis, Inſt. de hæred. Inſtit.* dum ait, *Impoſſibilis conditio in inſtitutionibus, & legatis, necnon in fideicommiſſis,*

commissis, & libertatibus pro non scripta habetur, neque enim donationem causa mortis, quam per cōstitutionem spetiem esse vltimæ voluntatis declarauerat, omisisset, si hac in re cum cæteris vltimis voluntatibus pari iure vteretur.

Secundum autem argumentum ex eo corruit, quòd ea in re par est causa donationis, & cęterarū vltimarum voluntatum, vt constat ex principio *d. l. quæ sub conditione*, vt interim omittam, nobis nō constare, quibus verbis compositum fuisset edictū, de quo ibi agitur: hoc enim ignorato affirmare non possumus, trahi ad donationes causa mortis, id quod in cæteris vltimis voluntatibus fuit constitutum.

Institutio hæredis facta per relationem ad codicillos, aut ad aliam scripturam, an valeat ad l. asse toto, de hæred. instituendis, & ad l. institutio talis, de condit. institut. *Cap. L.*

1 AN institutio hæredis facta per relationem ad codicillos, vel ad aliam scripturam valeat, tres sunt nostrorum sententiæ, prima affirmat, secunda negat, tertia distinguit: affirmantium opinio multos habet auctores, de quibus Ias. *in l. vbi autem, §. illud, num. 3. de verb. oblig. & in l. hac consultissima, §. per nuncupationem, num. 1. C. de test.* Rubeus *cons. 14. num. 7.* Gabriel *de testam. conclus. 15. num. 4.* eandem probat Cuiac. *ad l. asse toto, de hæred. instit. in quæstionibus Papiniani.*

2 Negatiuæ opinionis auctores sunt Castr. *in l. si ita scripsero, de condit. & demonstr.* Aret. *in l. hæredes palam, in princ. de hæred. instit.* Iason *in dicto §. illud, nu. 3. & in l. hac consultissima, §. per nuncupationem, num. 1. C. de testam.*

Distinctionis auctor est acutissimus Antonius Faber *decade 69. err. 4.* dum docet in testamentis inscriptis institutionem valere, in nuncupatiuo verò nequaquàm.

3 Negātium sentētia apud me potior est per textum *in l. iubemus 29. C. de testam.* dum ait.

Iubemus omnimodò, si vires habeat ad subscribendum, nomen hæredis, vel hæredum in sua subscriptione, vel in quacunque parte testamēti ponere, sin autem ex morbi acerbitate, vel litterarum imperitia hoc facere minimè potuerit, testibus testamenti præsentibus, nomen vel nomina hæredis, vel hæredū ab eo nuncupari, vt omnimodò sciant testes, qui sint scripti hæredes, & ita certo hæredis nomine successio procedat: tractat ex professò Imp. de ratione, quæ in instituendo hærede est obseruanda, & ait oportere nomen hæredis per testatorem scribi, vel nuncupari: non est ergo ritè facta institutio per relationem facta, quia tūc nomē hęredis, nec scriptū fuit, nec nuncupatū: aliud est enim ꝑ relationē ad aliquā scripturā indicare hęredē, aliud nomē ipsius scribere, vel nūcupare, & ideò quādo forma certa pręfixa fuit, vt de nomine ipso appareat, non procedunt ea quæ habentur *in l. quoties 9. §. si quis nomen, ff. de hæred. instit. in §. si quidem, Inst. de legatis, in l. nominatim la secunda, de manumissis testamento*, cum oporteat formam ad vnguem obseruare, satisque Iustiniano nō esse constare indubitabili signo, quis sit ille, qui fuit hęres institutus, ex eo liquet, quòd ei non est satis, testatorem coram legitimo numero testium affirmare id, quod in charta scriptum est suum esse testamentum; immò ei non est satis, vt testator qui non scripsit nomen hæredis proprio nomine eum corā testibus appellet; sed præterea vult vt testes hæredis nomen in suis inserant subscriptionibus, inquit enim, *sed ne aliqua forsan obliuio testium animis incumbat, pluribus hæredum nominibus interdum expressis ipsi testes in eorum subscriptionibus eorum nomina scribere non differant.*

4 Et hæc in causa fuerunt vt Imp. præcisè admodum hanc requirat solemnitatem, dum ait.

Iubemus omnino testatorem si vires habeat ad scribendum nomen hæredis, vel hæredum in sua subscriptione, vel in quacunque parte testamenti ponere, vt sit manifestum secundum illius voluntatem hæreditatem esse transmissam.

Concordat id, quod paucis interiectis verbis inquit. *Quod si non fuerit obseruatum, & nomen hæredis, vel hæredum non fuerit manu testatoris scriptū, hoc testamētū stare minimè patimur, uel in totū, si tota hæredum nomina fuerint prætermissa, vel in eius hæredis institutione, cuius nomen, neque lingua, neque manu testatoris significauerit.*

Idem in verbis subsequentibus non obscurè exprimit dum ait, *oportet enim omnimodò, vel ex litteris testatoris, vel ex voce quidem testatoris, litteris autem testium, qui ad elogium conficiendum fuerunt vocati nomina manifestari hæredum.*

Tandē id exprimit dum ait, *ita in testamentis per scripturam conficiendis, cum ipse testator manu sua scribere hæredes vel noluerit, vel minimè potuerit, voce tamen eius eos manifestari oportet.* Si enim Iustinianus noluit hoc præcisè obseruari, vt oporteret nomen hæredis voce testatoris exprimi, aut manu, cur toties id repetit? huc pertinet quod scribit Iason *in l. si constante, nu. 83. ff. solut. matr.* quod scilicet lex, quæ nominatim pluries aliquid exprimit, non admittat extensionem, quam aliàs ex identitate rationis admitteret, & iure meritò: cur enim toties id præcisè repetitum fuit quod præcisè non desideratur.

5 Eoque minus hæc extensio admitti debet, ꝙ ea admissa in eum scopulum incidimus, quem euitare voluit Iustinianus, vt scilicet omnis falsitatis occasio ex testamentis tollatur: hac enim extensione admissa haud tuta erit res hæc, cum circa eam scripturam, ad quam relatio habetur, falsitates cōmitti possint facillimè.

6 His accedit, Iustin. profiteri se nouam addere in instituendo hærede solemnitatē, vt ex fine huius legis liquet; quod vtique non esset verum, si satis esset indubitabili signo hæredis personam indicare, nam & hoc necessarium erat ante Iustinianum *l. quoties 9. §. si quis nomen, de hæred. instit.*

7 At dices subtilem hanc obseruationem sublatā fuisse *in §. quia verò, Auth. vt sponsalit. largit.* respondeo ex parte quidem hoc verum esse, quatenus scilicet non erat satis per alium scribi nomen hæredis: inquit enim Iustin. secundum versionem Iuliani a qua nec vulgata, nec Haloander discedunt.

Nemo cogitur propria manu, vel testium nomina hæredum scribere, sed valeat testamentum ipsius, siue per aliam quamcunque personam nomen hæredis eius

ſcribatur, ſi tamen aliam teſtamentorum obſeruationem habeat.

Immò non obſcurè ex hoc textu noſtra iuuatur ſententia, dum in eo legitur multa teſtamenta perijſſe, quia difficile nimis erat ſubtilem illam obſeruationem adimplere; ſi enim ſat erat indubitabili ſigno hæredem indicare, in quo ſubtilis hæc obſeruatio conſiſtebat?

8 De teſtamento nuncupatiuo nunc agendum eſt, in quo cum debeat nomen hæredis palam nuncupari, non poteſt dici is nuncupatus, cuius nomen a teſtibus ignoratur, vt animaduertit Iacobus de Beluiſio *per l. hæredes palam 21. ff. de teſtam.* dum ait, *hęredes palam ita, vt exaudiri poſſint nuncupandi ſunt, licebit ergo teſtanti hæredes vel nuncupare, vel ſcribere, ſed ſi nuncupat debet palam nuncupare, quid eſt palam? non vtique in publicum, ſed vt exaudiri poſſit: exaudiri autem non ab omnibus, ſed a teſtibus ſeptem.*

Cum enim teſtes non exaudiant nomen hęredis, dum teſtator illius mentionem non facit, non ſatis commodè dicunt illi, qui aiunt noncupatum cenſeri hæredem, cum teſtator dicit, ſe nomen eius in aliqua charta deſcripſiſſe, q͂a toto cęlo inter hoc diſtat, & exaudire nomen hæredis. Quod longè clatius indicat tex. *in d.l. iubemus*, dum inquit.

9 *Quemadmodum enim in elogio, quod ſiue ſcriptura conficitur, neceſſe eſt teſtatorem exprimere nomen, vel nomina hæredum, ita & in teſtamentis per ſcripturam conficiendis, cum ipſe teſtator manu ſua ſcribere hæredes, vel noluerit, vel minime potuerit, voce tamen eos manifeſtari oportet.*

Si enim neceſsè eſt teſtatorem voce exprimere nomen hæredis, non eſt ſatis id per relationem fieri: tunc enim nomen hæredis, non vox teſtatoris exprimit, ſed charta in qua deſcriptum eſt.

Ex his autem verbis intelligis Imperatorē, quò ad rem noſtram æquiparare teſtamentum in ſcriptis, & nuncupatiuum, & ideò non poteſt inter ipſa differentia conſtitui.

10 Diſſoluamus nunc argumenta, quæ in contrariū afferūtur. Primum deſumptum eſt *ex l. aſſe toto 77. de hæred. inſtit.* dum ait. *Aſſe toto non diſtributo ita ſcriptum eſt, quem hæredem codicillis fecero hæres eſto. Titium codicillis inſtituit, eius quidem inſtitutio iure valet, ideoque licet codicillis dari hæreditas non poſſit, tamen hac teſtamento data videtur.*

Reſpondeo olim ſatis fuiſſe in teſtamento in ſcriptis indubitato ſigno perſonam hæredis indicare, *l. quoties 9. §. ſi quis, de hæred. inſtit.* dum ait, *ſi quis quidem nomen hæredis non dixerit, ſed indubitabili ſigno eum demonſtrauerit, quod pene nihil a nomine diſtat, valet inſtitutio: hæres enim inſtitui niſi certus demonſtretur nemo poteſt.* Hoc autem ius immutatum fuit a Iuſtiniano *in d. l. iubemus*, dum ſancit oportere teſtatorem, qui in ſcriptis teſtamentū cōdit, ſcribere, vel voce nominare hæredē, eum enim nouam voluiſſe addere teſtamento faciendo obſeruationem, apertè indicant illa verba, *quid enim antiquitas peccauit, quæ præſentis legis inſcia, priſtinam ſequuta eſt obſeruationem?*

Non facit ergo contra nos huiuſmodi textus, nā eum agere de teſtamento in ſcriptis, indicant illa verba, *ita ſcriptum eſt.*

11 De eodem teſtamento agitur *in l. inſtitutio talis 10. de hæred. inſtit.* vt conſtat ex illis verbis, *proindè & ſi ita ſcripſerit.*

Adducitur etiam contra noſtram ſententiam text. *in l. ſi ita ſcripſero, de conditionibus, & demonſtr.* qui nihil nocet, quia loquitur de legatis, in quibus pro forma nec requiritur, nec olim neceſſarium erat, nomen legatarij exprimere, *l. nutu, de leg. 3.* quod Iaſon, & alij ante me animaduerterunt.

12 Quod ſi recepta ſententia tibi placuerit, ne obliuiſcaris ſic rem exponere, ne fiat cōtra mentem Iuſtiniani, qui metuit falſitates, & ideò deſiderat ſic rem geri, *vt ſit manifeſtum ſecundum teſtatoris voluntatem hæreditatem eſſe tranſmiſſam:* ſunt verba Imperatoris *in d. l. iubemus*, qui ſtatim id repetit dicendo, *vt omnimodò ſciant teſtes, qui ſint ſcripti hęredes, & ita certò hęredis nomine ſucceſſio procedat.*

Eatenus igitur admittenda erit recepta ſententia, quatenus indubitatis probationibus conſtiterit de ſcriptura, ad quam relatio habetur: non erit itaque ſatis duobus teſtibus, qui pręſentes fuerint cum teſtator nomen hæredis deſcripſit, hoc probari, niſi eiuſmodi ſint, vt nihil omninò eis opponi poſſit quò ad morum, & vitæ honeſtatem, cum enim regulariter vt teſtes fidem faciant oporteat eum eſſe *moderatę atque inculpabilis vitę, Auth. de teſtibus, §. ſancimus, in fin.* proculdubio in re, de qua agimus, oportebit eos omni macula carere, memineritque iudex eius, quod habetur *in cap. quia veriſimile 10. de præſumpt.* dum inquit.

Quoniam ſępe contingit, quod teſtes corrupti facile inducantur ad falſum teſtimonium perhibendum.

Quod in materia de qua agimus fortius obtinet: iuris enim noſtri auctores ſemper falſitates committi veriti ſunt in vltimis voluntatibus, propter quod tot ſolemnitates adinuenerūt, *l. fin. C. de fideic.*

13 Multò minus igitur comparatio litterarum admittenda erit, nam hoc genus probationis valdè periculoſum eſt, vt idem Iuſtinianus teſtis eſt *in initio Auth. de inſtr. caut. & fide*, & ſcribunt Marſilius, Zaſius, & alij quos ſequitur Menoch. *de arbitr. caſu 124. num. 13. in fine num. 14.* & alij de quibus Sigiſm. Scaccia *de Iudicijs, lib. 2. cap. 11. num. 943. cum ſequentibus.*

Libri Tertij Finis.

ANTONII MERENDAE
I. V. D. FOROLIVIENSIS
CONTROVERSIARVM IVRIS
LIBER QVARTVS.

Extensio, an in vltimis voluntatibus de persona ad personam, ex verisimili mente testatoris, admittatur. Cap. Primum.

NVNQVID extensio admittenda sit in vltimis voluntatibus, de persona ad personam, ex verisimili mente testatoris, tractãt nostri *in l. Gallus, §. & quid si tantum, ff. de lib. & posth.* in qua alij negãt, alij affirmant.

1 Affirmant multi quos refert, & sequitur Menoch. *lib. 4. præsumpt. 26. num. 19. cum sequentibus, & præsumpt. 65. num. 34. & præsumpt. 73.* & alij relati per Peregrin. *de fideicommiss. artic. 29. num. 32.* per Marzar. *cons. 4. num. 21.* per Cardinalem Mantic. *lib. 3. tit. 19. num. 9.* per Surd. *cons. 344. num. 10. & 11. & cons. 443. num. 30. & 31. & seq. lib. 1.* Ioan. Bologn. *in d. §. & quid si tantum, num. 99.*

2 Negant verò alij, nec numero, nec auctoritate minores, quos commemorant Mantica *nu.* 8. Menoch. *num. 23.* & Peregrin. *num. 33. locis suprà indicatis*, necnon Camillus Gallin. *de verbor. signific. cap. 4. num. 34. lib. 9.*

Et his accedo, vt autem appareat, hanc opinionem verissimam esse. Animaduertendum est hanc quæstionem non disputari eo casu, quo verba testatoris aliquo modo ad personam, de qua agimus, accommodari possunt, quia quod ex vi verborum deduci potest, non est, cur per extensionem comprehendere velimus, differunt enim inter se, exponere, explicareque verba, & dispositionem extendere. Prima appellatur interpretatio declaratiua. Secunda verò extensiua, vt omnes sciunt. Hocque præmisso ostendo hanc opinionem verissimam esse: aut ais testatorem de ea persona, de qua agimus, cogitauisse, aut negas.

3 Si negas, vtique velis, nolis fateberis testatorem circa hanc personam non disposuisse: ergo non sufficit esse verisimile testatorem, de huiusmodi persona dispositurum fuisse, si de ea cogitauisset, in vltimis enim voluntatibus non sufficit testatorẽ velle aliquid, nisi id disponat, vt est tex. *in l. quidam cum filium, ff. de hæredibus instituend.*

4 Secundò hoc in casu admitti non posse hanc extensionem probat tex. *in l. si quis ita, ff. de testam. tutel.* vbi I. C. sic inquit, *Si quis, cum ignorasset se Titium filium habere filijs tutores dederit. Vtrum his solis dedisse videatur, quos in potestate scit; an ei quoque quem ignorauit se habere? & magis est, vt huic dedisse, non videatur, licet nomen filiorum admittit, & ipsum; sed quia de persona eius non sensisset, dicendum est in personam eius cessare dationem.*

Patrem daturum fuisse hoc in casu eosdem tutores illi filio, quem se habere ignorabat, clarum est. Item clarum est verba, quibus vsus fuit, prædictum filium continere, & tamen I. C. ait huic filio non censeri datum tutorem, quia de eius persona non cogitauit; & ideò de eo non sensit, & iure meritò, quia voluntas non mouetur, nisi ex obiecto cognito, vt explicat D. Thom. *1. 2. quæst. 8. artic. 1.* ergo verisimilis mens non sufficit, vt testator censeatur disposuisse circa personam eius, de quo non cogitauit.

5 Quæ ratio, cum pertineat ad omnem actum voluntatis nostræ (semper enim necesse est, vt cognoscatur obiectum illud, propter quod mouetur; nam quod ignoramus, non potest nos mouere) sequitur imperitè fecisse illos, qui distingunt inter tutelam, & hæredis institutionem, per text. *in l. si ita scriptum, ff. de lib. & posth.* ex quo manifestè eorum opinio confunditur. verba text. sunt hæc. *Si ita scriptum, si mihi filius natus fuerit, ex besse hęres esto; ex reliqua parte vxor mea hęres esto. Si verò filia mihi nata fuerit ex triente hęres esto, ex reliqua parte vxor mea hęres esto.* Accidit mulierem duos peperisse masculum, & fœminam, & ideò quærebatur, quid esset agendum, & respondet I. C. secundum subti-

lem iuris rationem ruptum esse testamentum, quia ambos filios non instituit, nempè, quia, cum non cogitauerit, vxorem duos esse parituram, de vno tantum sensit, & sic vnum, non duos instituit, quæ est ratio, qua nititur tex. *in d. §. si quis ita.* Et licet, I. C. ex æquitate ibi sustineat testamentum, id tamen nobis non licebit, ex ijs, quæ habentur in capite seq. num. 16.

6 Non fuerunt etiam assecuti vim prædictæ rationis Aret. & Alexand. *in l. Titius, §. 1. de lib. & posth.* dum dixerunt, ideò hoc ibi accidere, quia tutela est onus tutori, & soli filio prodest, non etiam testatori, vt facit institutio hæredis, quæ confirmat eius testamentum; cum enim vtilitas testatoris non efficiat, vt de eo senserit, de quo non cogitauit, quicquid sit id, de quo agatur, semper verum erit de eo non sensisse testatorem, de quo non cogitauit, & per consequens semper erit locus huic text. qui in hac ratione fundatur; quando ergo testator non cogitauit de persona, de qua agimus, nullo modo extensio admittenda est. Videamus modo, quid sit dicendum, quando de ea cogitauit.

7 Cum testator cogitauit de persona, de qua agimus, præsupponendum est, eum cogitationem ad effectum redegisse, vocando eam, nam non sufficit velle aliquid testatorem, nisi disponat *l. quidam filium, ff. de hæred. inst.* qui textus, cum loquatur de fideicommissis, fortius vrget in alijs dispositionibus, quæ fiunt in testamento; in fideicommissis enim præcipuo quodam iure voluntas testatoris consideratur *l. penult. de legat. 1. l. cum virum, in fine C. de fideicom. Vlp. in fragmentis, tit. de fideicomm. in princ. §. sed non vsque, Inst. de legat.*

8 Si autem testator disposuit, de huiusmodi persona, cur eius nullam fecit mentionem? Alterum respondere necesse est, vel plus dictum, & minus scriptum fuisse, vel testatorem putauisse verba prædicta sufficere.

9 Si primum dixeris, tunc videndum erit, an constet de errore, & negligentia eius, qui scripsit testamentum, *iuxta l. cum anus ff. de cond. & demonstr. & in l. ambiguitates, & l. seq. C. de testa.* quæ disputatio, cum toto cęlo distet, ab ea, de qua nos agimus, si errore notarij detecto admittetur persona, cuius mẽtio per errorem omissa fuit, nemo vtique affirmabit per extensionem, id factum fuisse.

10 Si verò dixeris testatorem putauisse, satis fuisse verba prædicta ad suam voluntatem exprimẽdam, (quod non erit dicendum, nisi eo casu, quo testator crassissimi ingenij fuit, & sensus communis expertis; quis enim ignorat oportere in testamento nominare personam, cui aliquid relinquitur, eamque, vel nomine, vel cognomine, vel agnomine, vel alijs signis exprimere oportere?) & hoc casu disputandum erit, an satis sit testatorem prædictis verbis vsum fuisse, quod satis dubium est, cum Constantinus Imperator, qui veteris iuris scrupulositates circa verborum obseruationem sustulit, exigat, vt ex verbis voluntas testatoris exprimatur. Audi eum *in l. quoniam indignum, C. de testamen. sed quibuslibet confecta sententia, vel in quolibet loquendi genere formata institutio valeat, si modo per eam liquebit voluntatis intentio.* ad idem tendit tex. *in l. 2. in princ. C. com. de leg.* vbi Iust. sic ait. *Omne verbum significans testatoris legitimum sensum, legare, vel fideicommittere volentis. Vtile, atque validum est,* huc etiam pertinet tex. *in l. si alij, ff. de vsufruct. leg. in l. 3. ff. de rebus dubijs, in l. si quis in fundi vocabulo, de leg. 1.* quę disputatio, cum longè diuersa sit ab ea, quam nos explicamus, (valde enim differunt, an sufficiat quibuscumque verbis testatorem suam voluntatem exprimere, & an dispositio de vna persona facta, ad aliam trahi possit.) Manifestum est, nullo casu per extensionem in testamento personam aliquam, etiam si euidens sit voluntas testatoris, contineri posse.

11 Refellamus modo argumenta, quibus pars aduersa nititur; quorum primum positum est *in l. 3. C. de inoff. test.* vbi ex verisimili mente matris filius pro instituto habetur, qui non fuit in testamento nominatus.

Nihil est, immò clarè ex isto tex. opinio nostra probatur; nam non simpliciter ibi filius pro instituto habetur, sed ita demũ, si mater in puerperio decesserit, & hæredes in testamẽto nominati non sint extranei. Si enim verisimilis voluntas sufficeret, vt pro instituto haberetur filius, de quo ibi agebatur, indistinctè pro instituto habendus erat, cum indistinctè mater præsumatur voluisse eum instituere. At consequens est falsum, ergo, & antecedens; humanitate, ergo suggerente, ita ibi dispositum fuit, quod clarè indicant illa verba. *Repentini ergo casus iniquitas per coniecturam maternæ pietatis emendanda est;* ad æquitatem enim pertinet emendare iustum legitimum, vt explicat Arist. *lib. 5. Ethic. c. 10.* cuius verba cap. sequenti habes.

12 Neque verò putes, exemplo Imperatoris, tibi licere, ex verisimili mente testatoris ex eadem ęquitate a iure scripto recedere, quia obstat ipsemet Imper. qui non indistinctè hoc admittit, sed duabus circunstantijs concurrentibus. Prima, vt in puerperio decesserit mater. Secunda, vt extranei non fuerint hæredes instituti.

Præterea non licet nobis, qui infinitam, idest nullis restrictam circunstantijs quæstionem disputamus, æquitatem allegare; hæc enim ex circunstantijs particularibus oritur, vt ostendit Arist. *lib. 5. Ethic. d. cap. 10.* Tertiò denique id non licebit, quia Constantinus Imperator facultatem a iure scripto recedendi ex æquitate, qua veteres Prudentes sæpè vsos fuisse libri Pandectarum testantur, sibi reseruauit particulari constitutione *l. 1. C. de legibus,* cuius verba hæc sunt, *inter æquitatem, iusque scriptum interpositam interpretationem nobis solis, & oportet, & licet inspicere,* & quidem prudentissimè. Hinc enim iudices arripiunt occasionem prauè agendi, dum sub specie æquitatis leges scriptas pro libidine spernunt.

13 Secundum argumentum, quod pro hac sententia adducitur, est desumptum ex traditione gloss. receptæ *in l. tale, §. fin. in fine glos. magnæ, ff. de pactis,* quod scilicet id pro dispositio habendum sit, quod disponens clarè expressisset, si de eo interrogatus fuisset; cum enim in casu nostro supponamus euidentem esse voluntatem testatoris, vtique, si de huiusmodi persona interrogatus fuisset, illam nominatim vocauisset.

14 Pro responsione animaduertendum est hanc

glosſ.

gloss. traditionem a DD. communiter sic intelligi, vt tunc demum habeat locum, quādo casus non est omninò omissus; sed quando ex illis, quæ disposita fuerunt, huiusmodi casus decisio sequitur, ita declarat Bal. *in l. vnica, num. 10. in fine, C. de his qui ante apert. tabul.* quē nostri com. sequuntur. vide Parisi. *cons. 89. num. 33. lib. 2.* Dec. *cons. 89. num. 3. vers. non obstat:* Curt. iun. *cons. 276. nu. 4. lib. 3.* Gabriel. *cons. 95. num. 14. & cons. 111. nu. 11. lib. 1.* Ant. Gabr. *tit. de regul. iur. concl. 10. nu. 7.* Peregin. *de fideicom. art. 11. num. 32.* quæ declaratio licet de mente gloss. non sit, tamen retinenda est, nisi velimus dicere gloss. prædictam male sentire, constat enim non esse satis testatorem aliquid voluisse, nisi disposuerit, vt est tex. expressus *in d. l. quidam cum filium, ff. de hæred. instit.* & per consequens apertè falsa esset prædictæ gloss. doctrina, si satis esse existimaret, quod testator dispositurus fuisset, si cogitauisset, etiam si verè non disposuisset, quod etiam animaduertit Paris. *cons. 99. num. 32. lib. 2.*

Extensio an admittatur in vltimis voluntatibus, de casu ad casum ex verisimili mente testatoris. Cap. II.

1 EXplicauimus in antecedenti capite, nunquid liceat extendere dispositionem de persona ad personam, ex verisimili mēte testatoris: videamus modò, quid sit dicendum, cum agitur de extensione, de casu ad casum, ex verisimili mēte testatoris; de qua re præter DD. citatos capite antecedenti num. 1. agunt Alex. Trentacinq. *de substit. par. 1. c. 1. a num. 25.* D. Fachin. vir de iuris prudentia optimè meritus, mihique præceptor carissimus, *lib. 4. cap. 61. & lib. 10. cap. 45.* Ant. Faber *lib. 9. coniectur. cap. 3.* Pregrin. *de fideicom. artic. 11. a num. 46.*

2 Antequam autem rem aggrediar, animaduertēdum puto, magnum in proposito esse discrimen inter dispositiones cōditionales, & puras. Cum enim de implemento conditionis agitur, sola voluntas testatoris inspicitur, nulla facta distinctione, an sint voluntariæ, an necessariæ ad actū, vel ad effectum consequendum, *l. pater, l. in conditionibus, ff. de condit. & demonstr.* & nihil præterea quæritur, & ideò satis adimpleta conditio dicitur, quoties fuit satisfactum menti testatoris, *l. 10. §. fin. ff. eod. tit. & in sexcentis locis similibus.*

3 In dispositionibus autē puris, aliter res se se habet, etiam si enim doceamus de mente testatoris, non possumus obtinere, nisi probemus eum in executionem huius voluntatis disposuisse, iuxta tex. *in l. quidam cum filium, ff. de hæred. instit.*

4 Et iure meritò, quia cum quærimus quomodo adimplenda sit conditio a testatore proposita, quærimus, quid voluerit testator prius fieri, quam res acquiratur ei cui eam reliquit; cumque dicimus testatori satis fuisse, vt hoc, vel illud fiat, supponimus testatorem disposuisse, vt ille rem haberet, si hoc, vel illud fuerit factum, & per consequens necessariò tunc supponendum est adesse dispositionē testatoris, cuius conditio fuerit adimpleta.

5 Quando verò agimus de dispositione pura, in casu particulari facta, & quærimus an sit trahenda ad alium casum non expressum, etiam si admittamus, voluntati testatoris consonum esse, vt etiam in casu omisso idem obseruetur, non tamen sequitur, ergo idem erit obseruandum, quia insuper docere oportebit testatorem in executionem suæ voluntatis disposuisse, non sequitur enim conuenit menti testatoris, vt hoc fiat, ergo id fieri mandauit.

6 Non rectè ergo faciunt illi, qui iura loquentia de dispositionibus conditionalibus, vel in diem incertum collatis, quæ conditionalibus æquiparantur, *l. dies incertus, ff. de cond. & demonstr.* adserunt in ea quæstione, in qua de dispositionibus puris disceptatur; immò non rectè facere videntur, qui disputant, an extensio detur in vltimis voluntatibus. de casu ad casum in dispositionibus conditionalibus ex verisimili mente testatoris; quandoquidem extensio non habet locum in illis casibus, qui comprehensi fuerunt in testamento. Non videtur enim dubitandum, in testamento eos omnes modos, quos satis esse voluit testator pro adimplemento conditionis, comprehensos esse, etiam si eos explicitè nō nominauerit.

7 Cum enim, vt exemplo rem hanc illustrem, mater nolens hæreditatem marito acquiri filios suos, hæredes instituit, si per mortem patris sui iuris facti fuerint, & quærimus, an hæreditas debeatur filijs, qui alia ratione in suam tutelam venerunt; nihil aliud quærimus, quàm an institutio eorum ad illum casum fuerit restricta, qui fuit expressus, hoc autem ex eo depender, an huiusmodi casus exemplificatiuè fuerit positus, an restrictiuè, cum autem dicimus, exempli gratia, de eo matrem fuisse loquutam, & dispositioni eius locum esse, si alius similis casus euenerit, non trahimus dispositionem de casu ad casum, quia cum exempla declarent, non restringant regulam, expressio vnius casus dispositionem non coarctauit: itaque non videtur dubitandum casum similem per comprehensionem ibi con-
8 tineri. Audi I. C. Vlpianum *in l. mulier, in principio, ff. ad S. C. Trebell. Brasidas quidam Lacedemonius, vir Prætorius, cum filijs suis, ab vxore diuortio separata, si morte patris, sui iuris effecti fuissent, fideicommissum relictum esset, eos emancipauerat, post emancipationem fideicommissum petebant. Decreuisse D. Marcum, refert Sceuola, fideicommissum eis representandū, intellecta matris voluntate, quę, quia non crediderat patrem eos emancipaturum, distulerat in mortem eius fideicommissum, non dilatura in mortalitatem, si eum emancipaturum sperasset.* Nil mirum ergo, si expressio huius casus particularis non censeatur cæteros similes excludere, receptum enim est, expressionē casus factam ratione frequentioris vsus, non restringere dispositionem. vide Iason, *in l. 2. ff. de vulg. substit. num. 12.*

9 At dices, tex. inquit *Marcum decreuisse fideicommissum representandum esse, & restituendum ante tempus, in quod testatrix distulerat fideicommissi restitutionem,* ergo extensio fit ad casum, de quo testatrix non cogitauit.

Respondeo intentionem testatricis fuisse, vt cū primum filius sui iuris efficeretur, fideicommissum consequeretur, & ideò clarum est ipsam voluisse, vt quocunque modo liberaretur a patris potestate, fideicommissum haberet, ergo negari non potest, eam omnem casum, quo filius sui iuris fit, cogita-

tione ſua amplexam fuiſſe. Quia tamen ipſa, tunc ſui iuris filium futurum credebat, cum pater moreretur, in hoc tempus reſtitutionem contulit, non animo reſtringendi, ſed vt denotaret, quando reſtituendi fideicommiſſi tempus venturum eſſe credebat, & reſpectu huius credulitatis, dicitur in text. repreſentari fideicommiſſum, non quod re verè hoc tempus præfinitum eſſet a teſtatrice; alias malè decreuiſſet Marcus ex voluntate eius dādum eſſe fideicommiſſum filio emancipato, nam inſimul hæc pugnant, quod tempus mortis fuerit definitū a teſtatrice, & quod poſt emancipationem ex voluntate eius ſit reſtituendum fideicommiſſum.

10 Ex eodem fonte deducitur, id quod deciditur *in l.3. C.de inſtit. & ſubſtit. in l.ſi ita eſſet, ff. quando dies leg. ced.* quare cauendum eſt a Cuiac. *in l.Gallus, §. & quid ſi tantum, in fine, ff.de liber. & poſthum.* qui ex conſtitutione id tactum fuiſſe aſſerit, non ex ratione iuris, quod etiam placet Anto. Fab. *lib. 9. coniect.c.3 .verſ.alia enim reuera.*

11 Aduerte tamen hoc ius in conditione a matre adiecta filijs, obſeruandum eſſe, de ea enim in prædictis locis agitur, ſecus ſi de extraneo ageretur, quia tunc, ante mortem patris non eſſet fideicommiſſum reſtituendum, etiam ſi liberi emancipati fuiſſent, vt disertè docet Vlp. *in l. fideicommiſſa, §. ſi cui, ff. de leg.3.* cum ait. *Sed, & cum mors patri contingat, quaſi exiſtente conditione, ad fideicommiſſum admittetur*, illa enim verba, *quaſi exiſtente conditione*, oſtendunt I. C. loqui de eo caſu, quo verè non adimpletur conditio, *ſi morte patris ſui iuris effectus fuerit*, ſed per æquipollens, & ſic loquitur de caſu, quando a patre filius fuit emancipatus, quod rectè animaduertit Dec. *in l.3.num.3. C.de inſt. & ſubſt.* ratio autem differentiæ eſt, quia in matre non eſt, cur aliam cauſam excogitemus, cur conditionem prædictam adiecerit, quam hanc, quod noluerit hæreditatem patri acquiri. In extraneo verò multas poſſumus excogitare cauſas, cur hoc caſu magis, quàm alio vocare eum voluerit, & ideò a verbis nō eſt recedendum, *l.non aliter, de leg.3.* & hæc eſt longè melior explicatio, quam ſit illa, quam proponit Cuiac. *ad l.3.in fine, C.de inſt. & ſubſt.* ex prædictis enim clarè confunditur.

12 His quidem latè, ſed neceſſariò expoſitis; quæro, an in diſpoſitionibus puris extenſio admittatur de caſu ad caſum ex veriſimili mente teſtatoris; qua in re exiſtimo negatiuam opinionem eſſe veriſſimam, cuius Auctores præter multos ex vulgaribus interpretibus, habeo Cuiac. *in l. Gallus, §. & quid ſi tantum, in fine, ff. de liber. & poſth.* Ant.Fabr. *lib.9. coniectur. c. 3.*

Quam ſententiam, vt oſtendam veram eſſe, ſuppono id, quod probaui in antecedenti capite nu.8. 9. & 10. huic diſpoſitioni locum eſſe non poſſe, ſi teſtator de eo caſu cogitauit, de quo dubitatur, & ideò hanc diſpoſitionem eſſe intelligendam, quoties, de eo teſtator non cogitauit, veriſimile tamen eſt eum diſpoſiturum fuiſſe, ſi cogitauiſſet.

13 Hoc ſuppoſito ſic arguo, voluntas teſtatoris, quæ non tranſit in diſpoſitionem, non attenditur, *l.quidam cum filium, ff. de hæred. inſtituend.* ergo veriſimilis voluntas non eſt ſatis, vt extendamus diſpoſitionem teſtatoris ad caſum, de quo non cogitauit, quia non efficit, vt teſtator id diſpoſuerit, de quo non cogitauit.

14 Neque valet, quod ex aduersò dicitur, diſpoſiturus fuiſſet, ſi cogitauiſſet, quia re ipſa ius noſtrum vult teſtatorem diſponere, nec idem eſſe exiſtimat, quod quis diſpoſuerit, & quod diſpoſiturus fuiſſet, ſi cogitauiſſet, vt clariſſimè probatur *in d. l. quidam cum filium, & in l. ſi quis ita, §. ſi quis, ff. de teſtamen. tutel.* vt expoſui capite antecedenti nu.3. cum ſeq. & iure meritò, cum enim variæ ſint hominum cogitationes, & affectiones, cumque nō ſint nota omnia ea, quæ mouere potuerunt teſtatorem, varijs paſſionibus agitatum, perrarò poteſt a nobis certo ſciri, quæ eius voluntas fuerit: ne ergo ſub ſpetie voluntatis veriſimilis contra voluntatem teſtatorum multa inducantur, melius fuit conſtituere, ne voluntas, quæ non tranſijt in diſpoſitionem, non ſit attendenda; quæ eſt cauſa cur inter teſtatorem, & legem, in hoc diuerſum ius ſtatutum fuerit. *vide l. non poſſunt, de legibus.*

15 Quod eſt illud, quod ſignificat I.C. *in l. ſi ita ſcriptum, ff. de lib. & poſthum.* vbi hæc facti ſpeties proponitur quis habens vxorem prægnantem inſtituit hæredem poſthumum, ſi maſculus erit ex ſemiſſe, ſi fœmina ex beſſe, ad reliquum vxorem vocauit: accidit mulierem parere maſculum, & fœminam, & ideò dubitabatur, quid agendum eſſet, & inquit I. C. ſecundum ſubtilem iuris rationem ruptum eſſe teſtamentum: ſubtilis enim ratio, propter quam ait I. C. ruptum eſſe teſtamentum, eſt hæc, quod teſtator non cogitauit de caſu, quo vxor duos peperiſſet, & ideò eos non vocauit, & per conſequens teſtamentum ruptum eſt per agnationem poſthumi, nec inſtituti, nec exhæredati.

Hoc in caſu euidens erat voluntas teſtatoris, qđ vtrumque inſtituturus erat, ſi de hoc caſu cogitauiſſet, & tamen ait I. C. ſecundum ſubtilis iuris rationem ruptum eſſe teſtamentum, igitur veriſimilis mens, quæ facit, vt credamus, eum diſpoſiturum fuiſſe, non eſt ſatis, vt pro diſpoſito habeatur.

16 Et licet ab huius rationis rigore, ex ęquitate diſcedat I. C. non tamen nobis licet id facere, quia diſputamus de quæſtione infinita, ille de quæſtione finita, nam nos rem in abſtractò conſideramus, ille ſpetiem particularem examinat, ideò, cum æquitas ex circunſtantijs particularibus oriatur, nobis non licebit ſub ſpetie æquitatis diſcedere a ſcripto legis, Ariſt. *lib.5.Ethic.c.* 10. cuius verba referre ſtatui, vt res ſcitu digniſſima, nec multis nota, innoteſcat, is ergo ſic inquit.

17 *Rectè autem aliquo modo ſe ſe habent hæc omnia, & nihil prorſus ipſis aduerſatur. Nam æquum, & bonum iuſtum eſt, & eſt aliquo iuſto melius, & non, vt aliquod aliud genus, melius ipſo iuſto. Idem ergo iuſtum, atque æquum, & bonum. Et vtrumque quidem eſt ſtudioſum, præſtabilius autem eſt ipſum æquum, & bonum, quia æquum, & bonum iuſtum quidem eſt, non autem lege, ſed emendatio legitimi iuſti. Cauſa autem eſt, quia lex omnis vniuerſalis eſt, fieri autem non poteſt, vt de quibuſdum rectè vniuerſaliter dicatur. In quibus igitur, vniuerſaliter quidem dicere neceſſe eſt, fieri autem non poteſt, vt rectè dicatur: in ijs lex accipit, quod fit plerunque, haud ignorans peccatum. Et eſt nihilominus recta, peccatum enim nō*

eſt

est in lege, nec in legislatore; sed in ipsa rei natura, continuò namque verum earum, quæ sub actione cadunt, materia talis est. Cum igitur lex quidem vniuersaliter loquatur, in ijs autem præter vniuersale, quippiam acciderit: cum rectè se se habet, vt ea parte, qua legislator omisit, atque peccauit absolute locutus, emendetur defectus, quod ipse legislator, si adesset hoc modo dixisset: & si sciuisset, legem iubentem tulisset, quapropter ea iustum quidem est, & præstabilius aliquo iusto, non tamen simpliciter iusto, sed eo, quod peccat, propterea quod simpliciter dictum est. Atque hæc est natura ipsius æqui, & boni: emendatio legis, ea ex parte qua peccat ob vniuersale.

18 Non est igitur cur nos, dum quæstionem in abstracto disputamus, æquitatem in medium afferramus, sed nec etiam licebit in casibus particularibus propter eam, a scripto legis discedere; hoc enim genus interpretationis, quod veteribus prudentibus concedebatur, nobis abstulit Magnus Constantinus, ædita lege, quæ relata est *in C. in tit. de legibus, in vestibulo tituli*, cuius verba hæc sunt. *Inter æquitatem, iusque interpositam interpretationem, nobis solis, & oportet, & licet inspicere*, quod prudentissimè factum fuit, ne ius dicentes sub spetie æquitatis, pro sua libidine, a legibus scriptis recederent.

19 Ad eandem sententiam firmandam pertinet tex. *in l. commodissimè, ff. de liber. & posth.* cuius verba hæc sunt. *Commodissimè is, qui non dum natus est, ita hæres instituitur, siue viuo me, siue me mortuo natus sit, hæres esto: Aut etiam pure neutrius temporis habita mentione. Si alteruter casus omissus fuerit, eo casu, quo omissus est natus, rumpit testamentum, quia hic filius, nec sub conditione quidem scriptus hæres intelligitur, qui in hunc casum nascitur, qui non est testamento comprehensus.*

Instruit hoc loco I. C. eum, qui vxorem habet, quomodo debeat testari, ne agnatione sui hæredis rumpatur testamentum, & ideò supponit voluntatem testatoris ita disponendi, ne per agnationem sui hæredis, nullum reddatur testamentum, inquit autem, vel simpliciter posthumum instituendum esse, vel vtriusque temporis facta mentione, quod si vnum tempus expressit, & alio nascatur posthumus, rumpitur testam., *quia in hunc casum nascitur, qui non est testamento comprehensus*, ergo ex tenso ex voluntate testatoris, fieri non potest de casu ad casum, quia testator vtique, si posthumum hoc tempore nasciturum esse suspicatus fuisset, in hunc casum eum instituisset, quia volebat suum testamentum saluum esse.

20 At dices, voluit pater posthumum succedere, cum natus erit, ergo non debet nocere, quod ipse in tempore natiuitatis deceptus fuerit, sicut non nocet, quod mater, quæ voluit filium hæreditatē habere, cum sui iuris erit, quod ipsa errauerit circa modum, quo filius in suam tutelam venit, *l. mulier, ad S. C. Trebell.* vt explicaui a num. 7. & 8.

Respondeo, cum agitur de institutione posthumi, agi de re ad formam testamenti pertinente, & idcò in ea explicanda homines solent cautissimè versari, qua ratione veteres non solebant sine peritis suum condere testamentum, vt probat tex. *in l. codicillis, §. fin. de leg. 2.* Itaque, dum testator posthumum non simpliciter vocat, sed posthumum, qui, vel viuo eo, vel mortuo eo natus fuerit, clarè indicat nullam se habere suspicionem, quin eo tēpore nasciturus sit, quod ipse expressit, alias, vel vtrunque tempus expressisset, vel simpliciter eum instituisset, ergo eius intentio non fuit posthumū indistinctè vocare, sed posthumum nasciturum, eo casu, quem ipse expressit; quod est illud, quod indicat I. C. *in d. l. commodissimè*, dum ait, nec sub conditione institutum videri posthumum, qui natus fuit in casu, qui non est testamento comprehensus. Et ideo discrepat hic casus a casu *d. l. mulier, ff. ad S. C. Trebell.* quia ibi mater, licet putaret filium futurū esse sui iuris per mortem patris, tamen non habuit hoc pro constanti, quia cum multum tempus intercedere posset, inter testamenti tempus, & mortem patris, plurima euenire poterant, quæ mouerent patrem ad emancipandum filium, poterat etiam accidere, vt capitis diminutionem magnā, vel maximam pateretur pater; huiusmodi tamen casum expressit, quia sic futurum esse verisimilius erat.

21 Huius tex. vim, vt euitarent ij, qui contrariam partem sequuntur, plurimas eius interpretationes attulerunt, quas prætereo, quia facile confutantur ex ijs, quæ scripsi infra cap. 4.

Aggrediamur nunc argumenta, quæ pro contraria parte adserruntur, quorum primum est deductum *ex l. fin. C. de posth. hæred. instituend.*

Respondeo cum præceptore meo Fachineo *lib. 4. c. 61. in resp. ad 2. Imper.* loqui de eo casu, quo testator cogitauerat, de vtroque casu, & licet vnum tantum casum expressisset, attamen id fecit, non animo restringendi, sed declarandi eum casum, quem ipse euenturum esse suspicabatur; idque ostendunt illa verba. *Maneat testatoris voluntas immutilata, ne pœnā patiatur præteritionis, qui suos filios non præterijs*, & ideò hic casus fuit cognitus, & comprehensus a testatore, quod etiam indicant illa verba, *an non videantur contineri in testamento*, & per consequens tex. extra terminos nostræ quæstionis est, quia aliud est casum contineri in dispositione, aliud dispositionem extendi de casu ad casum. Primum dependet ex interpretatione declaratiua. Secundum ex interpretatione extensiua.

22 Secundò adsertur tex. *in l. Gallus, §. & quid si tātum, ff. de lib. & posth.* vbi institutio nepotis facta, si filius moriatur, trahitur ad casum, quo filius per deportationē exierit è patris potestate, ea de causa, quod verisimile est, hunc casum expressurum eū fuisse, si de eo cogitasset.

Nil est, quia alius est huius tex. intellectus, vt explicaui capitulo sequenti, ad quē locū te remitto.

23 Tertiò affertur tex. *in l. Titius, §. Lucius, ff. de lib. & posth.* vbi institutio facta de eo, qui in vētre erat, trahitur ad illum, qui natus est.

Respondeo ibi non tractari de extensione institutionis de casu ad casum, sed nunquid institutio eius, qui in vtero est valeat, cum agatur de alieno posthumo, valereque eam resoluit I. C. quia licet testator putaret eum, quem instituit, in ventre esse, attamen secus erat, & hac de causa testamentum validum censetur, quoniam opinio testatoris non attenditur, sed rei veritas cum quæritur, an quis habeat actiuam, vel passiuam testamenti factionē,

l. 3 ff.

l. 3. ff. de teſtam. vt latius explicat Cuiac. eo loci, quem videas.

24 Quartò mouentur per *l. ab exhæredato, §. vlt. ff. de leg.* 1. cuius verba hæc ſunt. *Cum a poſthumo ita legatur. Si hæres erit, & non nato poſthumo, ſubſtituti adeant, legata eos debere exiſtimandum eſt, quæ ille ſi viueret debiturus erat*, hoc in caſu ſubſtitutio facta videtur, ſi hæres erit, & tamen ſupponit tex. admitti ſubſtitutum etiam ſi poſthumus non fuerit natus.

Reſpondeo conditionem, *ſi hæres erit*, nõ fuiſſe adiectam ſubſtitutioni, ſed legato, vt clarè oſtendunt illa verba. *Cum a poſthumo ita legatur, ſi hæres erit*, & ideò non poſſumus dicere ſubſtitutionem factam, ſi hæres erit, trahi ad caſum, ſi hæres non erit, non enim hoc per extenſionem fit, ſed alia de cauſa. *vide l. licet Imperator, ff. de leg. 1. & gloſ. in d. §. fin.* præter quam quod, cum agatur, eo loci de inſtitutione poſthumi ſui, quia alienus poſthumus hæres inſtitui tunc non poterat, *§. poſthumus, Inſt. de leg.* particularis ratio eſſet ibi, cur extenſio admitteretur, cũ conſtitutione Marci ſubſtitutio filio impuberi facta in alterum caſum, ad alterum trahatur, *l. iam hoc iure, de vulg. ſubſt.* quod erat conueniens materiæ de qua agebat I.C. in libro, ex quo ille tex. deſumptus fuit, vt ex inſcriptione liquet, quæ ſic ſe habet, *Paulus libro ſingulari de ſecundis tabulis.*

25 Quintò mouentur ex doctrina gloſſ. *in l. tale pactum, §. fin. ff. de pactis*, dum ait id pro diſpoſitio habendum eſſe, quod teſtator diſpoſuiſſet, ſi de eo interrogatus fuiſſet.

Nihil eſt. Nam id intelligitur, ſi modo ex eis, quæ diſpoſita fuerunt, id ſequatur, vt poſt Bald. & alios expoſui cap. antecedenti num. 13.

26 Sextò mouetur ex *l. iam hoc iure, ff. de vulg. ſubſt.* vbi dicitur ſubſtitutionem altero caſu factam, ad alterum porrigi, quod etiam habetur *in l. quamuis, C. de impub. & alijs ſubſtit. in l. in teſtamento la prima, C. de teſtam. milit.*

Nihil eſt; vt enim ab alijs animaduerſum eſt, hoc factum fuit ex conſtitutione Marci Imper. nõ ex iuris regulis, & ideò ad rem noſtram non pertinent hæc iura, ſicut nec tex. *in l. final. C. de inſt. & ſubſt.* quia ideò ibi ſubſtitutio vulgaris, ſi poſthumus natus non fuerit, continet pupillarem, quia ex Marci conſtitutione, introductum eſt, vt ſubſtitutio vulgaris porrigatur ad pupillarem, quod rectiſſimè animaduertit D. Fach. in reſp. ad ſecundum.

De intellectu l. Gallus, §. & quid ſi tantum, ff. de lib. & poſth. *Cap. III.*

1 PVtant noſtri communiter, hunc eſſe ſenſum *l. Gallus, §. & quid ſi tantum, ff. de lib. & poſth.* vt inſtitutio poſthumi facta in caſu mortis, porrigatur ad caſum deportationis, vel emancipationis; quem intellectum nouiſſimè defendit D. Fachin. *lib. 10. controuerſ. cap. 45.* vt autem diſpicere poſſimus, an verus ſit intellectus, verba tex. ante oculos ponamus.

Et quid ſi tantum in mortis filij caſum conciperet? quid enim ſi aquæ, & ignis interdictionem pateretur? quid ſi nepos, ex quo pronepos inſtitueretur, (vt oſtendimus) emancipatus eſſet? Hi enim caſus, & omnes, ex quibus ſuus hæres, poſt mortem ſcilicet aui naſceretur, non pertinent ad legem Velleiam, ſed ex ſententia legis Velleiæ, & hæc omnia admittenda ſunt, vt ad ſimilitudinem mortis, cæteri caſus admittantur.

2 Hæc ſunt verba text. quæ non ſolum communem intellectum admittunt, ſed preterea aliter, & quidem commodiſſimè exponi poſſunt, vt ſcilicet Sceuola, perpendens in formula Galli fieri mentionem ſolum de caſu, quo per mortem patris nepos ſuus hæres efficitur, & cogitans, alijs modis id accidere poſſe, quærat an, & hi caſus ad inſtar caſus mortis ſint admittendi; hoc eſt, ſicut inſtitutio poſthumi facta eo caſu, quo per mortem patris efficitur ſuus hæres auo, valet, non obſtante iuris ciuilis ſanctione, ita valeat, ſi facta fuerit, eo caſu, quo per deportationem, vel emancipationem id acciderit, vt ſit ſenſus, cæteri caſus admittantur, ideſt ſuppleantur in formula Galli, & in inſtitutione exprimantur, quo loquendi modo vſus fuit I.C. in §. antecedenti.

3 Itaque, vt intelligamus, quis nam ex his intellectibus potior ſit, videndum erit, quis ſit magis cõgruus menti Sceuolæ; vtque breuiter me expediam, hunc poſtremum intellectum puto eſſe de mente Sceuolæ. Nam in §. antecedenti, incipit excitare difficultates circa caſus, qui omiſſi fuerunt a Gallo, quærẽs an eos ſupplere liceat; & in primis ait. *Idem credendum eſt Gallum exiſtimaſſe de pronepote, vt dicat teſtator, ſi me viuo nepos decedat tunc, qui ex eo pronepos,* &c. poſtea aliam excitat dubitationem, & quærit, quid ſi viuat filius, mortuo iam nepote, nunquid ſecundum formulam Galli liceat pronepotem inſtituere, & ait. *Sed ſi viuo filio iam mortuo nepote, cuius vxor prægnans eſſet, teſtamentũ faceret, poſſet dicere. Si me viuus filius meus decedat, tunc qui pronepos*, &c.

4 His duobus caſibus explicatis I. C. pergit, & quærit. *Num ſi filius, & nepos viuant concipere vtriſque mortuis ſe viuo, tunc qui pronepos naſceretur? quod ſimiliter admittendum eſt*; & ex his vides, valde ſcrupuloſam exiſtimari Sceuola hanc materiã, cum circà perſonam pronepotis, tres diſtinctas, & differentes proponat dubitationes, quæ ad vnam dubitationem redigi videntur, nunquid ſcilicet id, quod in nepote receptum eſt, ad pronepotem ſit trahendum.

5 Itaque, dum I.C. continuans eũdem ſermonem ait, *& quid ſi aquæ, & ignis interdictionem pateretur? quid ſi nepos, ex quo pronepos inſtitueretur, emancipatus eſſet?* eaſque decidens inquit, *ſed ex ſententia legis Velleiæ, & hæc omnia admittenda ſunt, vt ad ſimilitudinem mortis, cæteri caſus admittendi ſint*, intelligit iſtos caſus admittendos eſſe, ad inſtar mortis, hoc eſt licere teſtatori eos exprimere ad inſtat caſu mortis, quia non eſt veriſimile I. C. qui circa aliam partem formulæ Galli diligentiſſimus fuit, licet non magis res dubia eſſet, in hac parte, quam ſtatim explicare incipit, eas dubitationes omittat, quæ circa eam incidere poterant, & aliam incipiat explicare materiam, ex diuerſis principijs dependentem, nunquid ſcilicet inſtitutio poſthumi in vno caſu facta, ad alium extendatur, maximè, cum apud eum non eſſet res omninò explorata, an licet

ret

ret testatori instituenti nepotem, vel pronepotem, omnem casum exprimere, quo ipsi sui hæredis iura nancisceretur, vt disertè indicant verba eius in §.sequenti,dum inquit.

6 *Melius ergo est, vt in huiusmodi vtilitatem, præsertim post legem Velleiam, quæ etiam multos casus rũpendi abstulit, interpretatio admittatur, vt instituens nepotem, qui sibi post mortem, suus nasceretur, rectè instituisse videatur, quibuscumque casibus nepos post mortem natus suus esset, atque etiam si generaliter, quicquid sibi liberorum natum erit, post mortem, aut quicumque natus fuerit, sit institutus, si suus hæres nasceretur:* ex his verbis disertè probatur noster intellectus; si enim I. C. dixisset in §.antecedenti, testatorem, qui posthumum instituit, qui per mortẽ filij suus erit, rectè institutum esse, quocunque casu sui hæredis iura consequeretur, cur dixisset, melius esse, in huiusmodi vtilitatem, præsertim post legem Velleiam, licere nepotem instituere, quocunque casu suus hæres fieret? nam in re clara, & perspicua non erat ad legem Velleiam recurrendum, nec ad vtilitatem, quæ ex hoc nasceretur, ad quid etiam I. C. dixisset veluti in re non explorata. *Atque etiam si generaliter dd. casus testator expresserit, non specialiter, instituendum valere*; quis enim de hac re dubitare potuisset, si verus esset intellectus communis, nempè institutionem in vnum casum factam ad alterum trahi?

7 Accedunt postremò verba I.C. *in §.etiam si parente, eiusdem legis*, dum ait. *Et bene verba se habent, si quis suus hæres esse desierit, ad omnes casus pertinentia, quos supplendos in Galli Aquilij sententia diximus*; explicat in hoc §. I. C. verba legis Velleiæ, quę sic concepta erant, *si quis ex suis hæredibus suus hæres esse desierit, liberi eius, cæteri in locum suorum, sui hæredes succeduto*, vt paulò post refert I. C. & ait in istis verbis contineri omnes casus, quos in formula Galli supplendos esse dixerat, casus inquam, quo filius, & nepos suus hæres esse desinunt, ergo *in §. quid si tantum*, supplendos esse censuit I. C. in formula Galli casum depoztationis, & emancipationis, ibi enim de his casibus agere incipit, consonant verba *d. §. & quid si tantum, sed ex sentẽtia legis Velleiæ, hæc omnia admittenda sunt*, hoc enim referendum est, ad id quod dicit I. C. in illis verbis, & benè, &c. nam ex lege Velleia quocunque casu nepos suus hæres fiebat ad successionem vocabatur, ergo ex sententia legis Velleiæ potest nepos, vel pronepos in omnem casum, quo suus hæres futurus est instui. Hæc est, vt mihi videtur, genuina huius tex. explicatio, quam secuti fuerunt Polit. *de vulg. subst. par. 6. num. 23. & in d. §. & quid si tãtum*, Marius *num.* 50. Fortun. *nu.* 17. & Emilius Perottus, quem refert, & sequitur ibi Cuiac.

Aliter hunc tex. intelligit Ant. Faber *lib. 9. coniect ur. c. 3.* qui nostrum hunc intellectum impugnat, sed ex dictis omnia dissoluuntur, ideoque sententiam non muto.

De intellectu l. commodissimè, ff. de lib. & posth. *Cap. IIII.*

1 CONstitui examinare varias nostrorum explicationes *ad l. commodissimè, ff. de lib. & posth.* Valdè enim hæc disputatio confert ad illustrandã quæstionem, quam in superioribus capitibus exposuimus, nunquid scilicet extensio in vltimis voluntatibus de casu ad casum, vel de persona ad personam admittatur; eius autem verba hæc sunt. *Commodissimè is, qui nondum natus est, hæres instituitur, siue viuo me, siue mortuo natus sit, hæres esto: aut etiã purè neutrius temporis habita mentione, si alteruter casus omissus fuerit eo casu, qui omissus sit, natus rumpit testamentum, quia nec sub conditione quidem scriptus hæres intelligitur, qui in huic casum nascitur, qui non est testamento comprehensus*; idem habetur apud Paulus *lib. 3. sent. tit. 4. prope finem, in l. si pater 26. ff. de vulg. & pupill. subst.*

Primò autem occurrit id, quod scribit Bart. *in l. Gallus, in princ. num. 9. ff. de lib. & posth.* Ideò, extensionem non admitti, quia casus omissus accidit in personam eius, qui succedere debet. *Sequuntur* Bart. Alex. *in l. 1. ff. de vulg. num. 11. vers. & in quantum.* Soc. *num. 13. vers. a. limita.* Ripa *num. 92.*

a Impugnat hanc sententiam Aretin. *in d. l. Gallus, §. & quid si tantum*, & Ias. *ibi num. 31.* ei assensum præbet: nam etiam in *l. mulier, ff. ad S. C. Trebell. & l. 3. C. de inst. & subst. & l. si ita scriptum, ff. de lib. & posth.* casus omissus contingit in personam eius, qui succedere debet, & tamen extensio admittitur secundum comm. intellectum.

3 Secundò loco occurrit id, quod idem Bart. scribit *in d. §. & quid si tantum, nu. 2. vers. ad contrarium*, extensionem in hoc tex. nõ admitti, quia nimis distat viuo testatore nasci, & eo mortuo, eique adhęret Ripa *in d. l. 1. num. 93.* nec dissentit Bal. *in d. §. & quid si tantum, num. 4.* & sequuntur Decian. *cons. 1. num. 145.* Menoch. *lib. 4. præsumpt. 26. num. 14. & 15. &* Aquilin. *in d. §. & quid si tantum, in explicatione postremi vers. num. 47.*

4 Reijcitur hæc expositio ab Alex. *in d. §. & quid si tantum, num. 5. vers. adde*, vbi Ias. *num. 26. & num. 30.* & rectè, nam similitudo casuum in proposito, non ab origine eorum desumitur, sed ex effectu, & mente testatoris. *vide l. mulier, ad S. C. Trebell. l. 3. C. hæred. inst. l. si ita scriptum, de lib. & posth.* Bal. *in d. §. & quid si tantum, num. 4. vers. similitudo*, & ibi Imol. *num. 3.* Ripa *in d. l. 1. num. 93. & 94.* & ideò non potest negari, casus esse similes, cum idem sit effectus: vtroque enim casu rumpitur testamentũ, nisi filius fuerit institutus, vel exhæredatus, mens quoque testatoris clara est ex communi voto parẽtũ, vt hæreditas ad filios perueniat, & ex eo, quòd nemo præsumitur eligere viam testandi, per quam eius dispositio corruat. *vide l. cum ratio, de bon. dam. l. nam & si parentibus, ff. de inoff. testam. l. cum auus, ff. de cond. & demonstr. l. cum acutissimi, C. de fideicom. l. 3. ff. de milit. testam.*

5 Tertia se nunc offert expositio proposita ab eodem Bart. *in d. §. & quid si tantum, nu. 3. vers. responde*, conditionem, de qua agimus esse voluntariam, quia cum posset testator vno verbo instituere posthumos, prædicto modo eos instituere voluit, ergo in forma specifica adimpleri debet *l. qui hæredi, de cond. & demonstr. sequuntur* Alex. *num. 5. vers. sed hæc resp.* Ias. *num. 3. vers. 3.* Socin. *in l. qui hæredi, nu. 8. ad finem, de cond. & demonstr.* Gallin. *de verb. sign. lib. 9. cap. 9. num. 17.*

Omissis

6 Omiſſis ijs, quæ aduerſus vulgatam diſtinctionē conditionum, vt aliæ ſint voluntariæ, aliæ neceſſariæ ad actum, aliæ neceſſariæ ad effectum conſequendum, non inſubtiliter diſſerit Io.Baſ. *paradox. diſput. lib. 3. cap. 2.* dico, nobis traditam fuiſſe regulam, vt in conditionibus præcipuè mentem teſtatoris inſpiciamus, *l. in cōditionibus, l. pater Seuerinã, ff. de cond. & demonſt.* in caſu ergo noſtro non eſt afferenda prædicta diſtinctio, cum & vis verborum, & ratio prædictæ regulæ pertineat ad conditiones voluntarias, quod rectè docuit Socin. *in d. §. & quid ſi tantum, num. 6.* Idque euidenter probatur *in l. ſi ita ſcriptum, ff. de lib. & poſth.* dum I.C. admittit extenſionem eo caſu, quo diſcretiuè teſtator poſthumũ maſculũ, & fœminam vocauerat, ſi mulier, & maſculum, & fœminam enixa fuerit: Bart. enim, & ſequaces negare non poſſunt, hanc eſſe conditionem voluntariam, cum teſtator, qui vno verbo poſthumos inſtituere poterat, prædicto modo eos vocauerit, idem apertè probatur *ex d. §. & quid ſi tãtum,* retento intellectu Bart. & ſequac. quia poterat teſtator ſimpliciter vocare nepotem, ſi ſuus fieret, & tamen eum vocauit, ſi per mortem patris ſuus hæres factus eſſet, ergo conditio voluntaria eſt, & tamen ibi Bart. & ſequaces extenſionem admittunt.

7 *Ad l. qui hæredi 44. de cond. & demonſtr.* reſpondeo, regulam ibi proponi, vt is qui hęredi, vel ſeruo dare iuſſus fuit, debeat ipſimet hæredi dare, non domino eius, rationemque reddit I.C. quia quæ facti ſunt, non tranſeunt ad dominum, quod nihil contra nos vrget, quærimus enim non quid regulariter facere debeamus, ſed quid fieri oporteat, cum appareat mens teſtatoris, vt ſatis ſit conditionem per æquipollens adimpleri: nam aliud eſt quęrere, an regulariter conditio debeat preciſè adimpleri, & an ex mente poſſit per æquipollens ei ſatiſfieri. Primo enim caſu regula ſtatuenda eſt affirmatiua, cum præſumatur teſtator voluiſſe conditionem eo modo adimpleri, quo eam expreſſit, ſed ſi euidens ſit voluntas teſtatoris, vt liceat per æquipollens eam adimplere aliud omninò reſpondere eadem ratio nos cogit, & ideò non eſt ſatis allegare regulam prædictam, vt probetur, ex mente teſtatoris non eſſe licitum, cōditionem voluntariam per æquipollens adimpleri, iuxta regulam *d. l. in cōditionibus, & l. pater Seuerinam, de cond. & demonſt.* eodem modo reſpondetur *ad l. Mænius 54. eod. tit.* quæ pro eadem opinione adduci ſolet.

8 Quarta eſt ſententia Baldi *in d. §. & quid ſi tantum, num. 4. verſ. aut non eſt.* is autem dicit, ideò in lege noſtra extenſionem non admitti, quia caſus non eſt ſimilis, nec parit eundem effectum, nec adeſt coniectura mentis teſtatoris, idem re ipſa ſcribit Coraſ. *in l. quamuis, nu. 6. C. de imp. & alijs ſubſt.*

Hæc opinio clarè exploditur ex ijs, quæ contra ſecundam opinionem Bart. propoſui nume. 4. ad quem locum te relego.

9 Quinto loco Caſtr. *in d. §. & quid ſi tantum, nu. 5.* dicebat in hac lege extenſionem non admitti, quia agitur de extẽſione de perſona ad perſonam; non enim teſtator ad certam perſonam poſthumi reſpexit, quæ in vtero eſſet, ſed poſthumum vocauit, qui viuo, vel mortuo eo natus eſſet, idque illa verba indicant, in quibus dicitur, nec ſub conditione poſthumum inſtitutum videri, ſi enim perſonã certam vocaſſet, vtique ea inſtituta eſſet ſub conditione, ſi viuo, vel ſi mortuo teſtatore naſceretur, hanc expoſitionem probant Imol. *in d. l. commodiſſimè, num. 2. & 3.* Alex. *num. 3.* Iaſ. *num. 8.* & alij, quos referunt, & approbant Decian. *conſ. 1. num. 145. lib. 1.* Menoch. *lib. 4. præſumpt. 26. nu. 13.* a quo ſenſu non abhorret Cuiac. *in explicatione huius legis, verſ. denique,* & Bolognet. *in l. Gallus, in princip. nu. 160. ff. de lib. & poſth.* Io.Baſ. *lib. 3. paradox. c. 1.*

10 Huic intellectui obſtat mens I.C. docentis quẽadmodum poſthumus inſtitui debeat, vt quandocumque natus fuerit, ſaluum ſit teſtamentum: cum enim dixerit, vtrumque tempus exprimendum eſſe, alioquin ſi natus fuerit eo caſu, qui non fuit expreſſus, teſtamentum perire, vtique referri debet eius ſermo etiam ad caſum, quo teſtator ſcit, vxorem prægnantem eſſe, quo caſu nemo inficiabitur teſtatorem ad eundemmet poſthumum, quem in vtero eſſe ſcit, ſe referre, dum poſthumũ inſtituit, etiam ſi adijciat illam conditionem, qui me viuo, aut ſi me viuo natus erit, ridiculum eſt enim aſſerere teſtatorem, qui ante oculos habet vxorem prægnantem, diſpoſitionem ſuam ſic concipere, vt ad eum, qui in vtero eſt, & naſciturum eſſe ſperat præciſè, & in indiuiduo ſuam non applicet cogitationem, nec contrarium probant illa verba, quibus dicitur, hunc nec ſub conditione inſtitutum videri, quia reſponſio extat infra num. 17.

11 Sexta eſt opinio Soc. *in l. Gallus, in princ. num. 3. in fine,* qui ait, extenſionem non admitti, quia agitur de extenſione temporis, quæ permitti non ſolet, *l. ſi ita quis 21. de vulg. ſubſt.*

12 Deſtruit hanc explicationem tex. *in l. mulier, ad S.C. Trebell.* vbi mater reliquerat fideicommiſſum filijs ſi morte patris ſui iuris effecti fuiſſent, cumque contigiſſet, eos fuiſſe emancipatos, ait I. C. fideicommiſſum pręſtandum eſſe, inquiens, *quia non crediderat, patrem eos emancipaturum diſtulerat in mortem fideicommiſſum non dilatura in mortalitatem, ſi eum emancipaturum putaſſet:* hic enim admittitur extenſio etiam reſpectu temporis ex veriſimili mẽte, ſecundum communem intellectum, ergo idem in re noſtra debet admitti: ſi enim viuo ſe naſciturum eum ſperauiſſet teſtator, eum in caſum mortis non inſtituiſſet, nec econtra.

13 Septima opinio eſt eorum, qui dixerunt, in lege noſtra agi de extenſione inſtitutionis hæredis, quæ res cum eſſet valdè ſcrupuloſa extenſionem non poterat admittere, ita poſt Corneũ *conſ. 276. num. 11. lib. 3.* ſcribit Decian. *conſ. 1. nu. 146. lib. 1.* ſequitur Menoch. *lib. 4. præſumpt. 126. num. 16.* vbi addit Decium *in l. quamuis, num. 1. C. de impub. & alijs ſubſtit.*

14 Non rectè. Nam *in l. ſi ita ſcriptum, ff. de liber. & poſthum.* agitur de inſtitutione hæredis, & tamen extenſio admittitur ex veriſimili mente: idem admittuntur DD. *in l. 3. C. de inſt. & ſubſtit. & in l. mulier, ad Trebell. & in §. & quid ſi tantum.*

15 Octauus intellectus eſt Emanuelis a Coſta *in d. §. & quid ſi tantum, in explicatione vltimi verſ. nume. 95.* Is autem dicebat, teſtatorem, qui de vno caſu meminit, ideò hoc facere, quia eius mentis eſt, vt aliquem caſum excludat, arg. *l. ex facto, §. final. ff. ad S. C.*

ad S. C. Trebell. itaque in casu nostro, dum testator ait, si filius me viuo nascetur, id dixit, quia voluit aliquem casum excludere, ergo extensioni non potest esse locus, quia cum vnicus tantum casus supersit, extensio complecteretur illummet casum, quem testator voluit excludere.

16 Non rectè, quia non potest constitui regula, testatorem ideò vnum casum nominare, quia velit alium excludere: hoc enim ex circunstantijs pendet, hinc videmus, quod si mater, dum instituit filios in potestate patris existentes, vnicum modum, quo filij sui iuris efficerentur, expresserit, non censetur alios modos exclusisse, *l. 3. C. de instit. l. mulier, ff. ad S. C. Trebell.* Item testator, qui dixit, si masculus, vel fœmina nascetur, non censetur excludere casum, quo & masculus, & fœmina nati fuerunt, *l. si ita scriptum, ff. de liber. & posthum.* necessè est ergo causam exponere, cur in nostro casu id acciderit, in hoc enim difficultas, de qua agimus consistit.

17 Hæ sunt nostrorum hac de re sententiæ, quæ cũ non satis rem hanc explicent, videamus nos, quæ sit causa, cur ita I. C. scripserit, eam autem esse existimo, quam indicaui hoc lib. c. 2. num. 19. & 20. Is, qui testatur, vt altius rem exordiar, eius mentis esse creditur, vt omninò velit testamentum suum effectum sortiri, & ideò non credimus, eum elegisse rationem testandi per quam eius dispositio corruat, *l. 3. ff. de milit. testam.*

Itaque cum quis hæredem posthumũ instituit, ne eius natiuitate testamentum rumpatur, non est suam dispositionem restricturus ad eum posthumum, qui eo viuente nasciturus est, nisi hora partus proxima valde sit, si enim secus esset dispositionem sic restringendo periculum esset, ne testamen cum prædecedente patre a posthumo rumperetur, eoque minus hoc facturus erat, quod de rebus incertis certa sententia ferri non solet, & quia in dubijs tutior pars eligi solet. Non instituisset etiam posthumum post eius mortẽ nasciturum, nisi adeò mala vteretur valetudine, vt desperaret, se viuere posse quousque partus edatur, quia non solent homines ea, quæ dum viuunt, contingere sperant, in tempus post suam mortem futurum, conferre.

18 Itaque cum proponitur testatorem instituisse posthumum, qui viuo eo natus fuerit, vel posthumum, qui eo mortuo editus fuerit, non videtur dubitandum, eum pro comperto habuisse posthumũ esse nasciturum eo tempore, quod ab ipso fuit designatum, nam si vel minimam suspicionem habuisset, aliter rem euenturam esse, non ita testatus fuisset, quia commune votum testamentum est omnem ex suis dispositionibus dubitandi occasionem collere.

19 Non est ergo mirandum, si hoc in casu sermo ille, qui me viuo nascetur, limitate accipiatur, non per modum exempli, quia testator, qui tunc posthumum nasciturum esse constantissimè credebat, suam ad huiusmodi casum coarctauit dispositionẽ; itaque licet verum sit, posthumum instituturum fuisse simpliciter, si rei euentum præuidere potuisset, tamen negari non potest, eum noluisse in dispositione continere casum, quem euenturum non esse, pro comperto habebat, & per consequens insiciari non possumus, non licere nobis in eius dispositione continere casum, quem ipse data opera exclusit.

20 Et ex his intelligimus, cur quando testator vocauit posthumum, qui viuo eo, vel ipso defuncto, nasciturus est, nec sub conditione institutus videatur, quoniam conditionem testator adijcit circa ea, de quorum euentu apud eum ambiguitas est, non autem de illis, quorum euentus apud eum est certus: ad quid enim id fieret? Propterea sermo testatoris, qui constantissimè credit, nasciturum esse posthumum se viuente, vel mortuo, cum ait, Instituo posthumum, qui me viuo, vel qui me mortuo nasciturus est, demonstrationem cõtinet eius posthumi, quem instituit, & per consequens conditionalem non facit dispositionem. vide tex. *in l. in conditionibus 19. §. 1. ff. de condit. & demonstr.*

21 Hæc tamen sententia displicuit Iustiniano, propterea edita *l. final. C. de posth. hæredit. institut.* sustulit id, quod *in l. commodissimè* continetur, vt rectissimè Cuiac. & eruditiores sentiunt, ex eoque motus fuit, quòd testator, si alio tempore nasciturum esse posthumum, quam eo, quod ipse expressit, existimauisset, vtique eum etiam tum vocauisset, quæ ratio etiam si Imperatori satisfuerit, nobis tamen non sufficiebat, quia regulam habemus, quod non sufficit testatorem aliquid velle, nisi id disposuerit *l. quidam cum filium, ff. de hæred. instit.*

22 Nota autem illa verba Iustiniani. *Ne pęnam præteritionis patiatur, qui suos filios non præterijt,* ad voluntatem testatoris non ad rem ipsam esse referenda, vt sit sensus, mens testatoris fuit omni casu filium ad successionem vocare, quia tamen adeò praua valetudine vtebatur, vt desperaret, se viuo eum nasciturum esse, dixit. Si filius, vel filia intra 10. mensium spacium post mortem meam editi fuerint, hæredes sunto, & ideò quò ad voluntatem ipsius pertinet, non dicitur præteritus, quò ad voluntatem, inquam, non quò ad rem, quia cum fuerit natus, eo in casu, qui in testamento non fuit comprehensus, re ipsa præteritus est. vide *l. si ita scriptũ, de lib. & posthum.*

Quando pater rogatus restituere filio hæreditatem sub conditione eam cogatur restituere ante aduentum conditionis, si eam dissipare cœperit ad l. Imperator 50. ff. ad S.C. Trebell. *Cap. V.*

1 DE patre dissipante hæreditatem, quam restituere rogatus fuit filio sub conditione, elegãs est tex. *in l. Imperator 50. ff. ad S.C. Trebel.* eius verba sunt hæc. *Imp. Adrianus, cum Viuius Cerealis, filio suo Viuio Simonidi, si in potestate esse desijsset, hæreditatem restituere rogatus esset, ac multa in fraudem fideicommissi fieri probarentur, restitui hæreditatem filio iussit, ita ne quid in ea pecunia, quandiu filius viueret, iuris haberet. Nam quia cautiones interponi non poterant conseruata patria potestate, damnum conditionis propter fraudem inflixit.*

Cur hoc in casu hæres, idemque pater ante aduentum conditionis filio hæreditatem restituere cogatur, & qua ratione decreuerit Adrianus, hæreditatem hanc non acquiri patri secundum regulam iuris, quę tũc obseruabatur, vt quicquid filius acqui-

reret

reret patri acquireretur, *l. placet, de acq. hareditate,* oportet diligeuter indagare, hinc enim omnis futura disputatio dependet.

An id factum fuisse dicemus, ne inane reddatur fideicommissum? quod indicare videntur illa verba. *Nam quia cautiones non poterant interponi conseruata patria potestate.* Nequaquam, quia poterat alia via fideicommissario consuli sine damno patris deponendo rem apud virum probum ab vtraque parte eligendum, qui fructus, omuiaque rei emolumenta hæredi traderet, quousque conditio restituendi fuisset purificata, prout fieri, quaodo es traneus hæres propter paupertatem non potest legatorum, & fideicommissorum nomiue cauere; idem Papinianus docet *in l.5. vers. sed nec ipsi, ff. vt leg. no. caneat.*

2 Alia ergo ratio excogitanda est, quæ vt mihi videtur, clarè elicitur ex illis verbis, *& ideò damnum conditionis propter fraudem inflixit,* non alia ergo de causa motus fuit Adrianus ad ita decernendum, quam ex fraude, & dolo patris quærentis inane reddere fideicommissum, & iure meritò ita constituit, peccauit enim pater aduersus naturalem, & ciuilem rationem. Natura namque suadet parentes thesaurizare filijs, & ciuilis ratio non patitur, hæredem dolosè versari in ea hæreditate, quam restiturus est.

3 Neque aliud insinuat I. C. dum ait. *Nam quia cautiones non poterant interponi conseruata patria potestate,* quia nou vult his verbis reddere ratiooem huius decisionis, sed tollere vult argumētum, quod pro parte patris fieri poterat, es edicto *vt legator. seu fideicom. nomine caueatur.* aliàs perperam addidisset sequentia verba, *& ideò damnum conditionis propter fraudem inflixit.* Cum enim culpa patris nō accidat, ne inter eum, & filium cautiones interponi possint, non rectè inde colligeret I. C. damnum conditionis hæredi infligi, idest eum cogi rem aote euentum condirionis restituere, vt interpretaotur nostri communiter, quibus adhæret Cuiac. *lib. 27. cap. 5.* Obijci enim es parte patris poterat, prouisio Prætoris, qui edixit, vt hæres legatorum, & fideicommissorum nomine caueret ne fraude ipsius inanis redderetur dispositio testatoris, *l. 1. l. stipulatio, ff. vt leg. nom. caneat. l. 4. C. eod. tit.* quousque enim adest ordinarium remedium ad extraordinarium non est recurrendum.

Nunc obicem vt tolleret Papinianus, vtque ostenderet, locum esse remedio extraordinario ait, *quia cautiones non poterant interponi conseruata patria potestate, ideò damnum conditionis propter fraudem inflixit.* Quibus verbis anectit etiam rationem, cur prætermissis alijs remedijs Adrianos hoc remedium elegerit, quia scilicet fraudulenter se gessit pater, quasi dicat, cum cautiori locus esse nou possit propter patriam potestatem, oportuit remedium extraordinarium excogitare, & licet alia remedia occurrerent, visum tamen fuit Imp. damnum conditionis infligere propter fraudem patris.

4 Es prædictis infertur, verissimam esse opinionem Bart. *in l. final. num. 3. ff. vt leg. nom. caueat.* dum scribit huius legis dispositionem nō habere locum quoties es traneus rogatus fuit restituere hęreditatem, quam sententiam probauit Peregrin. *de fideicom. art. 40. num. 16.*

Hoc enim casu locus esse potest remedio ordinario cautionis, & ideò non est recurrendum ad remedium es traordinarium; quòd si remedium estraordinarium adhibendum esset, istud non esset eligendum, quia fraus hæredis extranei non est digna ea pęna, quam męreri patrem Imp. Adrianus existimauit.

Cauendum est ergo ab Alex. in huius legis expositione *num. 15. vers. item pro limitatione,* qui contrarium sentire videtur, cui assentiūtur Bero. *cons. 92. lib. 2.* Lud. Molin. *lib. 1. de primogen. c. 16. num. 30. vers. vtrumque.*

Fundamentum enim huius sententiæ, quod non sit committeudus fideicōmissarius fragilitati cautionis, iuxta *l. cogi, §. si pater filio, l. qui ita institutus, §. 1. ff. ad S. C. Trebell.* facilè euitatur, quia poterit iudex si non erit fatis per cautionem prouisum indemnitati fideicommissarij, vti remedio, *l. 5. vers. sed nec ipsi, ff. vt leg. vel fideicom. nom. cauear,* quod rem ponit in tuto, & commodis hæredis non detrahit, minusque iuris rationem lędit.

5 Animaduerte interim, quod in locis allegatis dicitur fragilè esse remedium cautionis, esse caute, & sobriè intelligendum, quia istud remedium fuit electum a Prætore, velut idoneum ad occurrendum fraudibus hæredum, ne inanè redderent dispositionem testatoris, *l. 1. l. hæc stipulatio, ff. vt leg. nom. caueat.* fuit etiam electum velut idoneum ad efficiendum, ne hæres, qui adire cogitur, hinc damuum sentiat, *l. quia poterat, ad S. C. Trebell.*

6 Secundò ex prædictis sequitur falsam esse opinionem Bartoli *in hac lege num. 1.* dum scripsit, eius dispositionem habere locū etiam in patre absque dolo dissipante rem fideicommissariam, quam sequuntur alij relati per Laderch. *cons. 85.* eandē probat Lud. Molin. *lib. 1. de primogen. c. 16. nu. 12. & 13.*

Etenim eum dolus patris longè maiori pęna dignus sit, quàm desidia eius, vel ignorantia, non potest admitti, eandem pęnam io vtroque casu esse infligendam, itaque si es desidia, vel ignorantia patris diminuitur fideicommissum, res apud virum probum deponatur, qui diligeuter rem custodiat, iuxta tex. *in d. l. 5. vers. sed nec ipsi, ff. vt legat. nom. caueat.* Sic enim filio cousulitur, & ius patris non diminuitur, atque ita rectissimè docuerunt hic gloss. Imol. Angel. & Claud. necnou Peregrin. *de fideicom. art. 40. num. 15.*

7 Cui sententiæ non obstat, quod ex aduersò dicitur, verba huius tex. accommodari ad patrem ex sola negligentia, vel inscitia dissipātem, eum fraus intelligatur, etiam vbi non est dolus, sed solum damnum, *l. iurisgētium, §. item si fraudem, ff. de pact. ad idem est tex. in l. inter eos 33. ff. ex quib. caus. maior.* quoniam *fraudis interpretatio semper in iure ciuili, non ex euentu duntaxat, sed ex consilio quoque desideratur, sunt verba l. fraudis 80. ff. de reg. iur.* a qua regula non est, cur recedamus in casu nostro, in quo, nec ratio eadem viget, nec agimus de re, quæ sit secundum regulas iuris, *arg. l. quod verò, ff. de legib.*

8 Adducitur pro Bart. opinione tex. *in l. final. §. 2. C. de sent. pass. & restit.* dum in ea Iust. constituit, patrem malis moribus prædictum, qui ciuitatem amiserat, non recuperare administrationem bonorum filij, si a Principe restitutus fuerit.

Sed

Sed nihil vrget, etenim longe minus incommodum est denegare patri administrationem bonorũ filij, quàm vrgere eum ante aduentum conditionis rem filio restituere. Primò enim casu id denegatur patri, quod ei ex gratia, non summo iure conceditur. Secundò verò casu amittit pater id, quod summo iure ad ipsum spectat, amittit inquàm, non solum quò ad administrationem, sed etiam quò ad emolumenta, quæ in filium trãsferũtur, & ideò de vno casu ad alium non licebit argumẽtum ducere.

9 Et licet ratio, quam Imp. affert dicens, *officium suum nulla prauitate corruptum liberis præbere oportet, vt eorum bona tueatur, & augeat, nam si patria potestate corrumpendi, atque effundendi patrimonij licentia abutatur, vt furioso, ac dementi, non est pecunia eorum committenda*, videatur quibusdam ad casum nostrum trahi posse. Verè tamen non potest, quandoquidem hæc ratio ideò probat administrationẽ bonorum filij ei esse auferendam, cum malis moribus imbutus est, quia propter filij vtilitatem fuit constitutum, vt eius bona pater administret, ergo non pertinet ad casum nostrum: pater enim idemque hæres ideò conditione pendente rem retinet, quia dominus est, *l. final. in fin. C. com. de leg.* & ideò iure suo, non ex benignitate, hęreditatem possidet, eaque vtitur, ac fruitur conditione pendente, in quam sententiam vide cap. 33. nu. 5. libri antecedentis.

10 Tertiò infertur falsam esse aliam eiusdem Bart. opinionem, qui dicebat, legem hanc habere locũ in patre dissipante bona mobilia, non tamen obtinere in patre bona immobilia restitutioni obnoxia alienante, quam opinionem secuti fuere ibi Castr. Imol. & alij, quos refert Boer. *decis. 61. num. 14.*

Cum enim ratio exposita num. 2. militet in patre alienante bona immobilia, nulla ratio patitur, vt verba tex. generalia, quæ vtique hunc casum comprehendunt, restringantur, & ita contra Bar. tenuerunt Alex. ibi *num. 14.* Arius Pinell. *in l. 1. p. 1. num. 35. C. de bon. mater.* Lud. Molin. *de primoge. Hisp. lib. 1. c. 16. num. 15. in fine.*

11 Quartò infertur perperam scripsisse Bal. *in rub. C. de reuoc. his, quæ in fraud. cred. prope finem vers. vnum scias, quem probarunt* Alex. *in hac l. num. 3.* Peregr. *de fideicom. artic. 40. num. 16. prope finẽ vers. nisi dilatio.*

Dum dixit, legem istam, & tantum casu habere locum, quo dilatio adiecta restitutioni fideicommissi in fauorem grauati apposita fuit, non autem quando in fauorem hæredis adscripta fuit, vt ea pendente frueretur re restitutioni obnoxia.

Nanque vt animaduertit Lud. Molin. *vbi suprà num. 26. in fine, & num. 27.* in casu nostræ legis dilatio adiecta fuit in fauorem hæredis, vt scilicet quousque filius cui iuris fieret re frueretur, quod & in dubio præsumitur, *l. cum tempus, ff. de reg. iur.* & indicant illa verba *damnum conditionis propter fraudem inflixit*, neque enim id damno esset patri, quia fructus restituendi fuissent filio vnà cum hæreditate si in gratiam ipsius dilatio facta fuisset, *l. in fideicommissi, §. cum Polidius, ff. de vsur.*

12 Accedit I. C. cum reddit rationem decisionis, quæ in hac lege continetur, nullam facere mentionem, cuius gratia dilatio facta fuerit, ait enim, *sed quia non potest esse locus cautioni conseruata patria potestate, ideò propter fraudem damnum conditionis inflixit*, ergo non referebat scire, cuius gratia dilatio facta fuisset, alias id non omisisset, maximè, quia secundum iuris pręsumptionem, & ex alijs allatis facilè est cuique persuadere in eo casu dilationem in fauorem hæredis fuisse adiectam.

13 Quintò ex dictis sequi videtur, veram esse opinionem Cumani, & Imolæ, hodie non esse locum dispositioni huius tex. quia inter patrem, & filium in potestate existentem potest esse locus cautioni ex ædicto Prætoris, propter vim iuramenti, quod efficit, vt inter patrem, & filium omnes contractus possint celebrari secũdum receptã sententiam de qua Ant. Gabr. *tit. de donat. conclus. 4.* & Seraphinum Senent. *de priuileg. iurament. priuileg. 71.* And. Gail. *lib. 2. obseru. 38.* poterit enim pater dicere hoc in casu locus est remedio ordinario ex ędicto Prætoris, ideò ad extraordinarium remedium non erit deueniendum.

14 Verum non ita est: etenim cum inter leges fuerit relatum decretum Adriani, quo cautum est cogi patrem rem filio restituere antè aduentum conditionis, si in ea fraudulenter versetur, consequens est, hoc esse remedium ordinarium competens filio aduersus patrem fraudulenter rem fideicommissariam dissipantem. Itaque nihil obstat, hodie secundum receptas traditiones locũ esse possit inter patrem, & filium cautionibus ex ædicto Prætoris, quia remedium istud introductum fuit inter personas extraneas, non autem inter patrem, & filium, & ideò ad eos trahi non debet, etiam si locus ei esse possit ex iuris canonici regulis, nanque lex generalis ad eum casum, de quo extat particularis dispositio, trahi non potest, *l. in toto iure 81. ff. de reg. iur.*

15 Et licet Adrianus Imper. motus fuerit ad inueniendum hoc remedium cõtra patrem, quia locus non erat in huiusmodi casu ædicto Prætoris, non propterea sequitur, quod sublata sit dispositio ipsius ex eo, quod hodie ex iure Pontificio possit esse locus ædicto inter patrem, & filium, quoniam defectus causæ impulsiuæ non facit corruere dispositionem, cum non influat in eam, sed tantum moueat legislatorem ad disponendum id, quod alias non disposuisset. vide Didac. Couar. *lib. 1. var. cap. 20. num. 2.* vt interim omittam falsum esse hodie iuramentum efficere id, quod aduersarij contendunt, vt ostendi lib. 1. cap. 1.

Atque ita docuit rectè Bart. in explicatione huius legis in fine, & alij communiter, quos refert, & sequitur Lud. Molin. *de primogen. lib. 1. cap. 16. nume. 4. & 5.*

De speciebus substitutionis, eiusque diffinitione ad l. 1. ff. de vulg. & pupill. subst. *Cap. VI.*

ACriter contendunt Doctores, quot sint species substitutionis, & quemadmodum substitutio genericè sumpta diffinienda sit; de qua re a-

1 gunt *in rubr. ff. de vulg. substit. & in l. Centurio, eod. tit. in rubr. C. de impuber. & alijs substit. vt in l. precibus, eod. tit.* agitur etiam de hac quęstione *in rubr. Inst. de vulg. subst.* de qua plura dicunt Zaz. Politus,

tus, Leonius, Trentacinq. *in commentarijs, quos de substitutionibus ediderunt*.

2 Ego omissis multis, varijsque nostrorum traditionibus, quid verius esistimem, breuiter, quantū res patitur, explicabo; vt autem intelligamus, quæ sint species substitutionis, & quemadmodum diffinienda sit, oportet prædicata essentialia substitutionis generice sumptè indagare, his enim repertis cætera planissima erunt.

3 Primum essentiale prædicatum substitutionis, sumptæ eo sensu, quo nos hic eam accipimus, est, vt sit vltima voluntas, idque apud omnes constat; id ergo, quod cæteris vltimis voluntatibus, quatenus tales sunt competit, etiam ad substitutionem

4 pertinebit: itaque cum proprium vltimarum voluntatū sit, vt ad libitū testatoris reuocari possint; (cætera enim quæ circa eas disposita sunt, ad alias dispositiones pertinere possunt) consequens erit, ita proprium substitutionis esse, vt ad libitum testatoris reuocari possit, vt nunquam reperiri possit substitutio, quæ a testatore non possit infringi, a testatore, inquam habente ius testandi.

5 Secundum prædicatum essentiale substitutionis est, vt in ea testator aliquid relinquat substituto, in omni enim substitutione, eo sensu, de quo nos agimus, id verum esse facile inueniri potest, & quidem semper, & vbique; & ideò procul dubio illud erit prædicatum essentiale. Et in hoc concordat cum institutione, & legatis, & fideicommissis, & cum donatione causa mortis.

6 Tertium prædicatum essentiale eius est, vt in substitutione transferratur res ab eo, cui antea relicta fuerat, ad eum, qui substituitur; idque verum esse ex nomine patet. Substitutio enim dicit, idest subrogatio, vt declarant Curt. iun. *in rubr. C. de impub. & alijs subst. num.* 8. *&* 9. vbi Coras. *num.* 1. *cum seqq.* Ioan. Bolognet. *in rubr. ff. de vulg. substit.*

7 *num.* 30. & alij, quos omitto, id enim clare insinuat I. C. *in l. vt hæredibus, ff. de leg.* 2. dum reddens rationem, cur substitutio in donatione causa mortis fieri possit, inquit, *Quia in posterioris quoque personam confertur*. hoc enim locn argumentum sumit I. C. a natura substitutionis, quæ est transferre in substitutum id, quod alteri prius datum fuerat.

8 Secundò id probatur. Si in substitutione de ijs disponeretur, de quibus antea testator non disposuit, non esset differentia inter eum, qui primo gradu vocatur, & eum, qui substitutus est. Nam I. C. *in l.* 1. *ff. de vulgar. substit.* ponens differentiam inter hæredes institutos, & substitutos, ait. *Institutos eos esse, qui primo gradu vocati sunt, Substitutos verò, qui secundo, vel vlteriori gradu scripti fuerunt*: quod etiam legitur apud Vlp. *tit.* 22. *prope finem, & lib.* 3. *sentent.* Pauli *tit.* 4. *versic. hæredes*. Ex hoc enim intelligimus hanc esse specificam differentiam, quæ est inter institutionem, & substitutionem. Et verè ita est hac enim dempta, nullam reperies differentiam inter eas, quæ non sit accidētalis. Ergo de essentia substitutionis est, vt de his bonis disponat, quæ in priori dispositione testator comprehendit.

9 Tertiò. Substitutio vel fit hæredi, vel legatario, vel donatario, *d. l. vt hæredibus, de leg.* 2. Ergo necessariò supponit existentiam hæredis, legatarij, & donatarij, supponit ergo hæreditatem prius fuisse relictam, legatum, donationemque testatorem fecisse, id enim quod est ad aliud, esse suum accipit ab eo, ad quod est, vt notum est ex Aristotele *in antepræditamentis*.

10 Hoc tamen prædicatum non est proprium substitutionis, sed competit etiam translationi legati, nam per eam transfertur res alteri prius legata in alium, *vt in Instit. de adempt. & translat. legat. & in ff. eod. tit.* conuenit etiam institutioni secundæ, vel in vlteriori, quam mutata voluntate facimus, vt hæreditas aufferatur ijs, quib. prius fuit relicta.

11 At dices. Pupillaris substitutio fieri potest exhæredato filio, quo casu sola bona filij continent, *l.* 1. *ff. de vulg. subst. §. non solum, Instit. de pupil. substit.* & tamē hoc casu nō disponitur de eo, de quo prius dispositum fuerat, cum in testamento patris nulla fiat mentio, vel fieri possit eorum bonorum, quæ propria sunt filij.

12 Vt hæc difficultas dissoluatur, animaduertendum puto substitutionem pupillarem suaptè natura institutionem magis, quam substitutionem esse appellandam: etenim cum pater disponit de bonis pupilli, quidquid agit, id facit veluti minister filij. vide tex. *in l. Papinianus, §. sed nec impuberis, ff. de inoff. testam. in l.* 2. *§. prius, ff. de vulg. subst. & ea, quæ scripsi lib.* 3. *c.* 25. & ideo testamentum patris continere dr̄ duas hæreditates, testatoris scilicet hæreditatem, & pupilli, vt ait I. C. *in d. l.* 2. *§. prius*, & Iustinian. *in §. igitur, Instit. de pupill. substit.* Ex quo sequitur, quod is, qui pupillo scriptus fuit hæres possit, si velit, hæreditatem testatoris repudiare, & eam, quæ pupilli est, adire, quia sunt diuersæ inter se, & separatæ. vide tex. *in l. si filius* 12. *ff. de vulg. substit.*

13 Ergo substitutio pupillaris, institutio magis, quam substitutio dici debet, cum substitutus pupillaris ante omnes, & sic in primo gradu ad successionem eius vocetur. vide tex. *in l.* 1. *ff. de vulg. substit.* & Vlpian. *in fragmentis, tit.* 22. *ad finem, versiculo hæredes autem instituti*. nec contrarium dicit I. C. *in l.* 1. *ff. de vulg. substit.* dum ait. *Hæredis substitutio duplex, aut simplex, veluti Lutius Titius hæres esto, si Lutius Titius mihi hæres non erit, tunc mihi Seius hæres esto. Duplex siue erit, & intra pubertatem decesserit, tunc Caius Seius mihi hæres esto.* Nam I. C. his verbis, non intendit diuidere, sed exponere vsum communem substituendi, vt explicaui infrà num. 50.

14 At dices. Cur ergo testamentum pupilli, inter substitutiones passim in iure nostro numeratur: rē hanc paucis explicabo. Pupillaris substitutio moribus fuit introducta, *l.* 2. *de vulg. subst. & in Inst. de pupill. subst. in principio*, & antiqua adeò est hæc consuetudo, vt initium eius ignoretur (neminem enim legi auctorem idoneum, qui hoc explicet) & ideò eo tempore vigebat, quo filius matri ab intestato matri non succedebat, & quo aduentitia pleno iure, ad patrem pertinebant. vide tex. *in Instit. de Orficiano S.C. in princip. & in l. cum oportet, C. de bonis quæ liberis.* quo circa, vt plurimum alia bona, ij filij, quibus hæc substitutio fieri potest, nō habebant, quam ea, quæ a patre ipsis relicta fuerant: nō insulsè ergo Populus, cuius tacitu cōsensu hic vsus inole-

inoleuit, ſubſtitutionis noīe eam nuncupauit, licet enim ſecundum iuris in hac ſubſtitutione ſubtilitatem nulla ſit ſubrogatio, ea tamen adeſt, re craſsè conſiderata, quia pater bona relinquit filio, & deinde eadem bona ad ſubſtitutum transfert.

15 Non ſunt ergo reprehendēdi iuris noſtri auctores, ſi nomen, vſu, penes quem eſt ius, normaque loquendi, ſequuti fuerint, in appellanda ea diſpoſitione, quæ vſu populi introducta fuit.

16 Sic res ſe ab initio habebat. Interpretatione deinde, vel cōſtitutione, introductum fuit, vt exhæredatis etiam pupillaris fieri poſſet, quis enim credat hanc cōſuetudinem in ijs, qui exhæredati fuerunt, introductam fuiſſe, cum vt plurimum homines filios hæredes inſtituant, maximè vero impuberes, vt charitas naturalis ſuadet, & experientia docet?

17 Id autem non immeritò receptum fuit; cum enim expediat pupillo, eum habere ſubſtitutum, quem ipſi pater elegit, *l. ſi pupillus, aliàs incipit Iulianus, ff. de acq. hæred.* accidebat, vt pupillus a patre exhæredatus, hoc commodo priuaretur, ea ſola de cauſa, quia exhæredatus erat, quod erat aduerſus mentem eorum, qui hunc vsū introduxerunt, illi enim ideò patri hanc poteſtatem dederunt, vt quoties expediret pupillo ſubſtitutum habere, eū pater nominaret, vt expoſui libro antecedēti c. 25.

18 Et licet ſubtili iuris rationi hoc aduerſaretur, quia incongruum videbatur ſubſtitutionem appellare eam diſpoſitionem, in qua vnus tantum hæres ſcriptus eſſet, *l. 1. ff. de vulgar. ſubſtit.* Conſultius tamen fuit id introducere, præſerendo vtilitatem pupilli, ſubtili huic rationi, aliàs incidiſſent in eum ſcopulum, in quem multos incidere, poſt Celſum filiū, ſcribit Paulus *in l. ſi ſeruum, 91. §. ſequitur, ff. de verb. oblig.* inquiens, *eſſe enim hanc quæſtionem de æquo, & bono, quo in genere plerunque ſub auctoritate iuris ſcientiæ, perniciosè erratur.*

19 Retinuerunt etiam Prudentes, poſtquam introductum fuit hoc ius, nomen vetus huius diſpoſitionis, ad exemplum fideicommiſſorum, quæ licet neceſſitati iuris, Auguſti auctoritate ſubiecta fuiſsēt, illud tamen nomen retinuerunt, quod a fide hæredum, qua ſola nitebantur, olim acceperunt. vide tex. *in Inſt. de fideicommiſſ. hæredit. in principio, & in in §. fin.*

20 Et hinc intelligimus non abſurdè feciſſe Iuſtinian. dum ſubſtitutionem nuncupat illud teſtamētum, quod pro filijs mentecaptis fieri conceſſit *in l. humanitatis, C. de impuber. & alijs ſubſt.* cum enim ad exemplum pupillaris ſubſtitutionis hoc introductum eſſet, neque, quo ad hanc partem, vlla eſſet inter eas differentia, non leue incommodum erat, alteram ſubſtitutionis nomine nuncupari, alteram verò nequaquam, ad quod tollendum, prudenter Iuſtinian. ſatius eſſe exiſtimauit, rem hanc craſsè explicare, quam ſubtili examine rem perpendendo, non leuem parere apud ſtudioſos confuſionem.

Iure ergo inter pręedicata eſſentialia ſubſtitutionis hoc refertur, vt in ea, de ijs bonis agatur, de quibus in alia parte diſpoſitum fuit a teſtatore.

21 Poſtremum prædicatum eſſentiale ſubſtitutionis eſt, vt per ſubſtitutionem non deſtruatur pręcedens diſpoſitio, in qua de his bonis teſtator diſponit, quæ ſubſtituto relinquuntur, & hæc eſt vltima differentia, quæ eſt inter ſubſtitutionem, & cæteras vltimas voluntates.

Hoc autem eſſe prædicatum eſſentiale probatur. Primò, quia quamcunque nominaueris ſubſtitutionem, in ea hoc ſemper, & vbique verificari comperies.

22 Secundò probatur. Ars, & natura nihil fruſtra operantur, oēs ergo vltimę voluntates, ad aliquem particularem effectum conſequendum inuētę fuerunt, cumque accideret eos, quibus teſtator reliquit hæreditatem, vel res particulares, non poſſe, vel nolle beneficio teſtatoris vti; cumque accideret, vt teſtator vellet non perpetuò, ſed ad tempus eum, cui id reliquit, eo frui, opus erat modum aliquem inuenire, quo id effici poſſet, & hæc eſt cauſa cur inuentæ fuerint ſubſtitutiones: audi Appianum lib. 2. Bellorum Ciuilium. *Miſerandum porrò, vel in primis id viſum eſt, cum D. Brutum ex eius percuſſoribus, inter ſecundos hæredes ſcriptum apparuiſſet, conſuetudo nempè Romanorum in teſtamentis fuit, primis hæredibus, ſecundos addere, vt primi hæreditatem non adijſſent, naſciſcerentur vltimi:* cuius loci ex noſtris meminerunt Tiraquel. *in tract. le mort Saisit. declarat. 9. 1. parte.* & Cęſar Coſta *lib. 1. ambiguit. iur. c. 25.*

Ergo neceſſe eſt, vt ſubſtitutiones non irritent priorem diſpoſitionem, in qua de eiſdem bonis agitur, alioquin huiuſmodi effectum per eas non conſequeremur.

23 Hoc autem prædicatum nulli alteri vltimæ voluntati conuenire, facilè eſt probare; quia per tranſlationem legati prius legatum corrumpitur, *vt in Inſtit. de ademptione, & translat. leg.* Et per ſecundam inſtitutionem prima reuocatur, & ſic valde a ſubſtitutione differunt: de alijs non eſt mentio facienda, nam cæteræ vltimæ voluntates nihil tale, aliquid vè proximum continent.

24 At dices. Id, quod purè legatum eſt, ſub conditione transferri poteſt, *l. 6. verſ. aut purè, ff. de adim. legat.* quo caſu in alium transfertur id, quod alteri legatum eſt, ſaluo manente priore legato, eo modo, quo per ſubſtitutionem fit, ea enim priorem quidem voluntatem conſeruat, ſed non omni caſu, aut indiſtinctè, ſed ſub aliqua conditione, veluti cū quis ita hæredem inſtituit. Titium hæredem inſtituo, & ſi me viuo Conſul factus non erit, ſubſtituo Sempronium. Hoc enim caſu eodem modo, quo in prædicta legati tranſlatione, prior voluntas conſeruatur.

25 Reſpondeo omnem ſubſtitutionem transferre in aliquem id, quod alteri fuerat a teſtatore relictū, vt oſtendi ſupra a nu. 8. Omnis autem tranſlatio fit, vel annullando priorem diſpoſitionem, vel ſalua manente priori diſpoſitione, & hoc pacto facta tranſlatio, peculiari nomine ſubſtitutio appellatur. Non repugnat ergo, quod dicitur *in d. l. 6.* tranſlationem legati ſic interdum fieri, vt ſalua maneat prior diſpoſitio, quia præter generis nomen aliud peculiare nomen habet tranſlatio ſic facta, vocatur enim & ipſa ſubſtitutio, quod non negat I. C. eo loci, quia ibi quidem declarare intendit, quot modis tranſlatio legati fiat; quo verò nomine

inter ſe diſtinguantur modi legata transferendi, omittit,& propterea aliunde petendum erit.

26 Hæc ſunt prędicata eſſentialia ſubſtitutionis, ex quibus id, quod quærimus facilè eſt intelligere. Ex his enim infertur primò ſubſtitutionem reciprocā non eſſe ſubſtitutionis ſpetiem, quia cum non contineat modum particularem diſponendi de bonis teſtatoris (ſemper enim in aliquam particularem ſubſtitutionē reſoluitur) ſubſtitutionis ſpeties nuncupati non poteſt. Nam ſubſtitutio eſt modus a iure inuentus transferendi in vltima voluntate res de vno in alium, hinc enim ſequitur eius ſpeties non aliter diſtingui poſſe, quam ex diuerſitate modi, bona transferendi, quam diuerſitatem in ſingulis eius ſpetiebus facilè eſt reperire.

Et licet hanc diuerſitatem ex eo aliqui deducāt, quod cæteræ ſubſtitutiones particulari caſu transferrunt, hęc verò multis in caſibus trāsferre poteſt, reciproca enim eſt apta continere omnes ſubſtitutiones. Attamen non tollunt difficultatem, quia id non efficit, vt modus particularis ſuccedendi a reciproca oriatur; nam ij inter quos facta eſt, ſi hæreditas non fuerit adita, ſuccedunt ex vulgari, ſi fuit adita ſuccedent, vel ex pupillari, vel ex militari, vel ex exēplari, vel ex fideicommiſſaria, ſcd̄m quod teſtator voluit, & potuit diſponere. Itaque reciproca appellāda eſt formula, qua inter plures poteſt teſtator in vnum, vel in plures caſus eas facere ſubſtitutiones, quarum ipſi capaces ſunt, appellari autem non poterit ſubſtitutionis ſpeties, quia ſi hoc eſſet, haberet ſuum proprium, & nulli alij communem modum transferrendi res ad ſubſtitutum, vt in cæteris accidit.

27 Quibus non refragatur I.C. *in l. 4. ff. de vulgar. ſubſt.* dum hanc ſubſtitutionem tertium genus ſubſtitutionis appellat; quia genus apud iuris auctores aliter, ac apud Dialecticos, & Philoſophos accipitur, vt declarat D. Paulus Bellonus Senator Mediolanenſis ampliſſimus, & I. C. eruditiſſimus *ad princip. tit. de obligat. in Inſtitut. num.* 100. Craſſius enim noſtri quandoque hoc verbum accipiunt, vt clarè colligitur ex Paulo I.C. *in l. 3. §. final. ff. de acquir. poſſ.* dum ait. *Genera poſſeſſionum tot ſunt, quot cauſæ acquirendi eius, quod noſtrum non ſit, veluti pro emptore, pro donato, pro legato, pro dote, pro hærede,*
28 &c. Genus enim accipit poſſeſſionis, pro titulis, quibus acquirimus poſſeſſionem. Hinc I.C. Iauolenus *in l. quod ſeruus 36. ff. de ſtipulat. ſeruorum*, agēs de eo, qui habuit rem pro derelicto, ait. Nam *& hoc genere quædam donatio eſt*. hoc eſt hæc res ſimilitudine, & aliqua ratione donatio eſt, licet verè donatio non ſit. Nam conſtat donationis naturam plurimum ab hac re diſcedere, teſte enim I.C. *in l. 1. ff. de donat.* propriè donatio appellatur, cum dat aliquis ea mente, vt ſtatim rē velit accipiētis fieri, nec vllo caſu ad ſe reuerti, & propter nullam aliam cauſam facit, quam vt liberalitatem, & munificētiam exerceat, ab hac enim mente longè diſtat intentio eius, qui habet rem pro derelicto. vide tex. *in §. penult. verſ. pro derelicto, Inſt. de rerum diuiſ.* Et ideò non videtur Accurſius noſter aſſecutus mentem I.C. dum ait, rem habitam pro derelicto videri donationem in incertam perſonam collatam, iuxta tex. *in d. §. pen. in princip.* quia is, qui miſſilia iactat in vulgus munificentiam, & liberalitatem exercere intendit, qui verò rem habet pro derelicto, nequaquam, & hoc eſt, quod in propoſito inſpici debet, cum in hoc donationis eſſentia conſiſtat. Opinionem tamen Accurſij videtur adiuuare tex. *in l. 5. §. id, quod, ff. pro derelicto.* Sed ſi rem perpendes, reſponſio in promptu erit.

Eodem ſenſu I.C. *in l. mariti 29. §. quæſtum, ff. ad l. Iul. de adulter.* dixit maritum, qui ſemel, vel iterū vxorem lucri cauſa proſtituit, paſſum fuiſſe eam meretricio quodam genere adulterari. Nam hæc mulier minimè meretrix eſt, cum teſte D. Hieronimo *epiſt. 112. meretrix ſit, quæ multorum libidini patet*, quod relatum eſt *in c. vidua, 34. diſt.*

Eodem modo genus accipitur *in l. Pomponius 44. verſ. nam genere quodam, ff. de acquir. rer. dom. in l. 10. ff. pro emptore*, iunctis ijs, quæ docet I. C. *in l. 1. §. ſed an ſine nummis, ff. de contrah. empt.* vide etiam tex. *in §. Plebiſcitum, verſ. differt autem plebs, Inſt. de iure natur. l. quarundam, in fine, de acq. poſſ.* Cuiac. *lib. 4. obſer. 8.*

29 Cum ergo non ſemper in iure noſtro genus ſtrictè ſummatur, vt ſignificet ſpetiē verè diſtinctam, ſed ſæpè craſſius Prudentes illud accipiant, non erit valdè vrgens argumentum, quod deducitur *ex d. l. 4. ff. de vulg. ſubſt.* In his enim vocibus, quæ variè accipiuntur, non poteſt dici hoc, magis, quam illo ſenſu, acceptas fuiſſe, niſi probetur ex ſubiecta materia eas aliter intelligi non poſſe: ad ſubiectam ergo materiam etiam in propoſito noſtro erit recurrendum, & ideò ex hoc ſolo tex. noſtra diſputatio determinari non poterit.

30 Secundò ex prædictis infertur ſubſtitutionem, quam noſtri compendioſam appellant, non eſſe ſubſtitutionis ſpetiem, quod eo faciliùs erit oſtendere, quia eius nulla in iure noſtro mentio fit, merumque interpretum commentum eſt, tex. enim *in l. precibus, C. de impub. & alijs ſubſt.* vbi de hac ſubſtitutione agi credunt non modò vulgares interpretes, ſed & eruditiores, de alia ſubſtitutione agit, vt oſtendi cap. 39. nu. 7. libro antecedenti.

Contra eam enim militant, quæ contra reciprocam adduximus, nam ſemper ſubſtitutio compendioſa in aliquam particularem ſubſtitutionem in ea contentam, reſoluitur.

31 Tertiò ex prædictis ſequitur rectiſſimè noſtros interpretes appellare ſubſtitutionem eam diſpoſitionem quam ex priuilegio milites faciunt, transferendo in alium hæreditatem, quam extraneo reliquerunt, poſtquam eam adijt. Omnia enim prędicata ſupra numerata in ea apprimè verificantur, & ideò non eſt dubitandum, quin inter ſubſtitutiones ſit numeranda: maximè, quia pleriſque iuris noſtri locis ita diſertè nuncupatur. vide tex. *in l. in teſtamento, C. de milit. teſtam. prope finem, in l. Centurio, ff. de vulg. ſubſt. in l. precibus, C. de impub. & alijs ſubſt. verſ. ſi verò, in l. 5. in l. cum filiusfamilias, in l. miles ita, §. exhæredato, ff. de milit. teſtam.* Et licet Cuiac. pluribus in locis, precipuè verò *ad d. l. precibus, & reſpon. Papin. in l. verbis ciuilibus, & l. Centurio, ff. de vulg. ſubſt. & lib. 11. obſer. 25. & lib. 12. obſer. 27.* voluerit diſpoſitionem hanc iure fideicommiſſi valere; tamen id non eſt admittendum, vt rectè contra Cuiac. diſputat Anton. Fab. *lib. 15. coniectur. ca. 15.*

& res

& res clara redditur ex explicatione *d. l. precibus*, quam posui libro antecedenti cap. 39. nu. 21. hoc enim solo fundamento Cuiac. nititur.

32 Cauendum est ergo a Cuiac. qui scribit duas tantum esse species substitutionis, vulgarem scilicet, & pupillarem, Cuiac. inquam, *in l. 1. ff. de vulg. subst. in rubr. C. de impub. & alijs subst. & lib. 6. respon. Papin. ad l. verbis ciuilibus, ff. de vulg. subst. cuius fundamentis breuiter respondendum est.*

Is mouetur primò *ex l. precibus, C. de impubtr. & alijs subst.* dum duos tantum ponit substitutionis casus, hinc enim sequitur duas tantum esse species substitutionis, cum hinc sumenda sit substitutionis diuisio.

Respondeo rectissimè quidem diuidi substitutionem, vt alia sit in primum casum, alia in secundum, sed non indè sequitur, quin substitutio, quæ in secundum casum confertur, non possit subdiuidi, vt alia sit pupillaris, alia militaris, alia exemplaris, cum diuersimodè casus secundus in his consideretur: maximè, quia dum tex. declarat substitutionē, quæ fit in secundum casum, militarem expresè in sua distinctione contineat.

33 Secundò mouetur Cuiac. ex eo, quod compilatores inscripserunt tractatum substitutionum *in ff. de vulgari & pupillari substitutione*. Sed meminisse oportebat virum doctissimum, eosdem compilatores in C. inscripsisse tractatum substitutionum hoc modo. *De impuberum, alijsque substitutionibus.* Ita vt compilatorum auctoritas, si satis esset ad hanc rem terminandam in contrarium retorqueretur.

Adducit etiam Cuiac. locum Caij *in institutionibus lib. 2. tit. 4.* qui dum substitutionem diuidit, militaris mentionem non facit. Cui cum opponamus tot iuris nostri locos, in quibus hæc substitutio disertè appellatur, auctoritas subobscura Caij parui momenti erit, Caj inquam in fragmentis, hoc est in opere mutilo, & incerto, nō desunt enim, qui hoc opus respuant.

34 Quartò ex prædictis infertur, inter species substitutionis reponendum esse fideicommissum cum omnia substitutionis prædicata in eo verificentur. Nam est vltima voluntas, & in eo disponitur de bonis testatoris, transferendo id, quod vni relictum fuit, in alium, salua manente priori dispositione.

Cui opinioni non aduersatur, quod aliqui dicūt, in fideicommisso non reperiri illam subrogationē, quæ constituit substitutionem, quia cum subrogatum sapiat naturam eius, in cuius locum subrogatum fuit, in fideicommissario hoc non potest verificari, quippè qui iura vtilia, non directa, consequitur ex fideicommisso.

35 Nam, præter quam quod, cum agamus de modis, quibus de rebus suis homines in vltimis voluntatibus disponunt, de re ipsa, & emolumento bonorum agimus, non de nudo ac inani nomine; itaque cum iura vtilia nihil minus tribuant, quam directa, *l. 1. ff. ad S. C. Trebell.* fideicommissarius vtique quò ad commodum, de quo nos agimus, sapit naturam hæredis, in cuius locum subrogatus fuit, & hoc ante me alij animaduerterunt.

36 Præterea, rem altius repetendo. In vltimis voluntatibus sunt duo modi principales disponendi, quæ velut genera continent omnes modos particulares, quibus homines vtuntur in vltima voluntate. Primum genus est earum dispositionum, in quibus ijs bona relinquuntur, qui primo gradu vocantur, quique immediatè post mortem testatoris admittuntur. Secundum genus est earum, in quibus secundo, vel vlteriori gradu aliqui vocantur, & hoc postremum genus substitutio nūcupatur, alterum verò genus particolare nomen non habet.

37 Vt ergo genus proximum fideicommissorum reperiamus, videndum est, an ij, quibus fideicommissum relinquitur, primo gradu, an secundo, vel vlteriori scripti sint, cūque ante eos hæres, aut alius ad eadem bona admittatur, consequens est fideicommissa ad illud genus esse redigenda, quo secundo, vel vlteriori gradu de rebus disponitur, & sic ad substitutionem.

38 Et vt intelligas hoc genus, quod vocamus substitutionem, non necessariò exigere, vt ille, qui secundo, vel vlteriori gradu vocatur, idem planè ius consequatur, quod habuit is, qui primo loco vocatus fuit, considera, plures in locum vnius substitui posse. Item posse a substituto relinqui legata, vel fideicommissa, etiā si primo loco vocatus non fuisset legatis oneratus. Item considera licere testatori conditionem adijcere substituto, quæ primo nō fuit adiecta. His enim in casibus longè minus ius consequitur substitutus, quam habuerit is, qui primo loco vocatus fuit, & tamen has substitutiones veras esse, & proprias, nemo inficiatur.

39 Et ex his intelligimus fideicommissa sub genere substitutionis contineri. Huic tamen opinioni obstare videtur auctoritas compilatorum, qui licet inscripsissent in C. titulum hoc modo, *de impuberū, & alijs substitutionibus*, in eo tamen de fideicōmissis non egerunt, sed sub alio titulo, immò velut species diuersas ponunt fideicommissum, & substitutionem, dum in eodem C. alium titulum posuerunt his verbis inscriptum, *de instit. subst. & restit.* quod etiam facit Tribonian. *in l. generaliter, in princip. vers. & non esse locum, & vers. incertus, C. de instit. & subst. & in l. fin. prope finem, C. de his qui veniā ætatis impetrar.* quod ante eum fecisse videtur I. C. *in l. 6. §. Titius, ff. ad S. C. Trebell.* & eum compilatoribus sentire Papinianus etiam videtur *in l. tutores, §. hæres institutus, ff. de administrat. tutor.* dum agens de pupillo rogato hæreditatem restituere, negat eum habere substitutum.

40 Fauet etiam compilatoribus tex. *in l. in testamēto 6. C. de testam. milit.* vbi dicitur, extraneo hæredi non posse nos post aditam hæreditatem substituere; hic enim colligitur verbum, substituo, non pertinere ad fideicommissa, aliàs maledixisset Imperator, cum hæredes, fideicommissis (quæ semper supponunt hæreditatem fuisse aditam, *§. sed quia, Inst. de fideicommiss. hæredit.*) procul dubio ad libitum testatoris onerentur.

41 Hæc difficultas vt tollatur, nonnulla scire oportet, & Primò, in aliquibus iuris nostri locis, quos alij ante me commemorauerunt, fideicommissa substitutionis nomine nuncupari. vide tex. *in l. cum pater, §. volo, de leg. 2. in l. Titia Seio, §. Titia Seia liberto, eod. tit. in l. a filio 62. §. 1. ad S. C. Treb. in l. hæ-*

redet mei, §. cum ita, eod. tit. in l. generaliter, §. cum autem, C. de instit. & subst. in l. eam quam, vers. verbis precarijs, C. de fideicommissis.

42 Secundò meminisse oportet, nunc quidem multas esse differentias inter substitutiones directas, & fideicōmissa, olim autem plures fuisse. vide Vlpian. *in fragment. in tit. de hæred. inst. & de fideicommissis.* tex. *in l. quoniam indignum, C. de testament. in l. 2. C. comm. de leg.*

43 Tertiò est animaduertendum, eo tempore, quo fideicommissa introducta fuerunt, antiquum fuisse, morem substituendi iure directo, vt ex Appiano probaui supra num. 21. iunctis bis, quæ scribit Iustinian. *in Instit. de fideicommiss. hæreditat. in principio.*

44 His pręcognitis euidens est causa, propter quam in legibus nostris tam rarò nuncupentur fideicommissa substitutionis nomine, q̄a scilicet nomē istud ab initio fuit datum substitutionibus directis, a quibus plurimum fideicommissa distant; & licet sub eodem genere reponerentur fideicommissa, & substitutiones directæ, attamen, cum fideicommissa particulare nomen haberent, non erat, cur iuris nostri auctores, hoc nomine vterentur, species enim quæ proprium nomen habent, generis nomine non solent nuncupari. Idque eo facilius admittendum fuit, quod vsus penes quē est ius, normaque loquendi, non admittebat, vt fideicommissa substitutionis nomine nuncuparentur, vsus loquendi, inquam, Populi, qui differentiam quidem intelligebat, quę euidens erat, inter directas substitutiones, & fideicommissa, illud autem non percipiebat, in quo conuenirent.

45 Neque enim nouum est, aut incongruum, vt iuris auctores sequantur vsum loquendi a Populo receptum. Hinc factum est, vt cessante causa, propter quam fideicommissa hoc nomine vocantur, adhuc tamen huiusmodi nomen retineatur. vide text. *in Inst. de fideicommiss. hæred. in princ. & §. finali.* Eadem de causa factum est, vt licet veteres testamentum, quod pro filio facit pater vbique substitutionem appellarent, attamen cum quis his verbis substituit. *Filius hæres esto, eique Caium substituo*, non substitutionem pupillarem, sed vulgarem tantum, ex vi verbi fecisse intelligatur, *l. 4. versic. quod ius, ff. de vulg. subst.*

46 Idque verissimum esse ostendit Tribonian. qui cum *in tit. C. de instit. subst. & restit.* inseruiens vsui loquendi fecisset differētiam inter substitutionem, & restitutionem, deinde *in l. generaliter, §. 1. eiusdem tit.* sæpè fideicommissum, substitutionem, appellat, voluit enim indicare hanc differentiam non ex rebus ipsis oriri, sed ex voce loquendi, & ideò rectissimè fideicommissum substitutionem appellans.

47 Nil mirum ergo, si Papinianus, non tractans aliquam iuris quæstionem, sed de iure respondens, negauit, substitutum datum fuisse illi, qui rogatus erat, restituere, ex responsis enim ipsius desumptus est tex. *in l. tutores, §. hæres institutus, de administr. tut.* Inseruiebat enim vir Prudentissimus capacitati eius, cui responsum reddidit: eadem de causa Alexander Imp. rescribens Valentino dixit, *non licere vobis in secundum casum substituere extraneo hæredi*, accipiens verbum, substituere, secundum sensum apud Populum receptum; eadem de causa in alijs locis, velut diuersæ dispositiones proponūtur substitutio, & fideicommissum: hoc tamen non sufficit ad cognoscendum, an fideicommissum sub genere substitutionis reponendum sit, cum ex essentia eius hoc dependeat, non ex vsu loquendi.

Concludamus ergo inter species substitutionis fideicommissum refferendum esse.

48 His sic expositis, facilè erit diffinire, & diuidere substitutionem eo sensu, quo nos loquimur, quatenus scilicet significat modum disponendi in vltima voluntate. Nam quò ad diffinitionem pertinet, hæc satis commoda erit.

Substitutio est modus, quo testator hæreditatē, vel rem particularē, quam alicui prius reliquerat, in aliū salua manente priori dispositione, trāsfert.

49 Quò ad diuisionem pertinet, hæc idonea erit. Substitutio fit, vel in primum casum, vel in secundum, quam diuisionem insinuat tex. *in l. precibus, C. de impub. & alijs subst.* In primum casum facta dicitur, quoties substitutio confertur in casum nō aditæ hæreditatis, vel rei particularis non acquisitæ: & hæc est illa quæ dicitur vulgaris. In secundū autem dr̄, cum post aditam hæreditatē, & emolumentum quæsitum substitutus vocatur. Ea verò, quæ in secundum casum confertur, subdiuiditur, alia enim fit iure directo, alia per fideicommissum.

Quæ fit iure directo, erit sola militaris, vt ego existimo, vt verò alij scripserunt, erit pupillaris, exemplaris, & militaris.

50 Neque verò putes I. C. *in l. 1. ff. de vulg. substit.* voluisse diuidere substitutionem, cum ait. *Hæredis substitutio, aut duplex est, aut simplex, veluti Lutius Titius hæres esto, si mihi Lutius Titius hęres non erit, tunc Seius mihi hæres esto, duplex si hæres non erit, siue erit, & intra pubertatem decesserit, tunc Caius Seius mihi hæres esto*, quod mihi opponebat D. Simon Mortanus ciuis, ac auditor meus summæ spei iuuenis. Cum enim accidens sit ad substitutionem, vt fiat simplex, vel duplex, id namque ex voluntate testatoris dependet, vtique ineptus esset I. C. qui hinc diuisionem substitutionis sumeret, I. C. inquā Modestinus, qui *in l. 4. vers. quo casu, eod. tit.* clarè ostendit se optimè tenere vnde nam diuisio huiusmodi sit desumenda.

51 His accedit, quod cum maximum sit vitium diuisionis, cum in membris oppositis non ponuntur species oppositæ, non posset I. C. excusari, cum in vtroque membro vulgaris substitutionis mentionem fecerit, vulgaris inquam simplicis, nam licet ipsa ex constitutione Marci ad pupillarem porrigatur, id tamen non procedit, cum ipsa pupillaris disertis verbis facta fuit, & ideò vulgaris de qua fit mentio in secundo membro, simplex vulgaris est, cum pupillarem disertis verbis testator fecerit. I. C. ergo post quam secundum præcepta artis distinxisset hæredes, incipit de hæredibus substitutis agere, inseruiendo tamen vsui, & vulgari opinioni secundum quam pupillaris inter substitutiones numeratur.

Hactenus philosophati fuimus, quam rectè, eruditi dijudicent; neque enim hæc vulgaribus interpretibus persuadere me posse confido.

Monaco

Monaco repudiante hæreditatem quis præferatur, Monasterium, an substitutus vulgaris.
Cap. VII.

1 IN hac controuersia alij pro Monasterio, alij pro substituto responderunt.

Monasterij ius tuentur Bart. *in l. 1. ff. de vulgar. substit. num. 25.* vbi Alex. *num. 23.* Socin. *num. 22.* Ias. *num. 43.* Ripa *nu. 152.* Socin. sen. *in l. filiusfam. num. 42. de condit. & demonstr.* D. Fachin. *lib. 6. cap. 17.* & alij, de quibus Crass. *§. substitutio, q. 9. num. 6.*

2 Substituto autem fauent Bald. Angel. Aretin. Imol. quos sequitur Trentacinq. *de substit. par. 1. c. 7. num. 5. ad finem.* Gouean. *in rubr. ff. de vulg. & pupill. substit. num. 21.*

Ego verò hanc rem distinctione adhibita explicandam esse existimo, in primis autem assero, Monaco repudiante hæreditatem, a Monasterio adiri non posse; quia hæreditas, quæ per eos, qui nobis subiecti sunt, acquiritur, non antea nobis acquiritur, quam ipsi illam adierint, *l. pretia rerum 63. vers. acquirit enim, ff. ad l. Falcid.* & ideò mortuo seruo dominus hæreditatem ei relictam adire non potest, *l. inde Neratius, ff. ad l. Aquiliam, idem est in patre, l. 2. C. ad S.C. Orfician.* quod conueniens est iuris rationi, quæ non patitur aliter ex testamento hæreditatem quæri posse, quam si is, qui institutus est, adeat eam, ex eius enim aditione pendet testamentum.

3 Non tamē statim substitutum admitto: quemadmodum enim filij repudiatio patri non præiudicat, *l. is, qui hæres 13. in fine, ff. de acq. hæred.* ita repudiatio Monaci Monasterio non potest obesse, & sicut seruum cogit dominus, vt adeat *l. 1. §. 1. vers. quid ergo, ff. si quis omiss. caus. testam.* etiam si de eius statu dubitatur, *l. penult. C. de iure deliberandi,* ita Monacum cogi posse existimo: quo casu, si Monacus mutauerit voluntatem, adeundo hæreditatem acquiret Monasterio, etiamsi minis, vel metu adierit; nam & is qui metu adit, efficitur hæres, *l. si metus 84. ff. de acq. hæred. l. si mulier, §. si metus causa, ff. de eo, quod metus causa,* quod secus esset si fallens, hoc est simulans, se adire, cum adeundi animum non habeat, adijt, *vt in l. qui aliena 6. §. final. de acq. hæredit.* tunc enim intentio deficit, & voluntas adeundi, quæ omninò necessaria est ad acquirendam hæreditatem mediante aditione *§. final. Instit. de hæred. qual. & differ.*

4 Quibus non obstat regul. *l. nec emere, C. de iure delib.* quia illa ad liberos pertinet homines, non ad eos, qui alieno iuri subiecti sunt, quos cogi posse supra ostendi.

Si tamen persistat Monacus in negatione, res manet in pendenti, neque enim substitutus adire poterit; nam conditio si hæres non erit, intelligitur in eo, qui alieno iuri subiectus est, si neque sibi, neque ei, cui subiectus est, eam acquisiuerit, *l. si paterfam. 40. de hæred. instit.* & ideò nondum adimpleta est, cum mutando voluntatem, Monasterio possit hæreditatem acquirere.

5 Cumque ex repudiatione serui non fiat locus venientibus ab intestato, *vt in l. 1. §. 1. ff. si quis omiss. caus. test. l. penult. C. de iure delib.* his enim locis habetur seruum repudiantem posse cogi adire, quod non esset verum, si per repudiationem eius res ad causam intestati redacta fuerit, non video cur fiat locus substituto vulgari per Monaci repudiationē; id enim, quod necessarium est, vt fiat locus successioni ab intestato, vbi extat hæres primo gradu scriptus, desideratur, vt fiat locus secundo gradui, vt scilicet ex primo gradu nō possit hæreditas adiri, *l. quamdiu, de acq. hæredit.*

6 Neque his obstat tex. *in l. si filiā 17. ff. de aur. & arg. legat.* vbi propter repudiationem filiæ locus fit substituto, quoniam ibi pater fuit substitutus, in quo particularis ratio extat. Cum enim quis filiam instituit, & ei patrem vulgariter substituit, si dicimus, repudiatiune nō fieri locum eius substitutioni, in odium patris vergit constitutio, quod filius solus hæreditatem nequeat repudiare, neque enim ex persona filij, tunc succedere posset, neque ex substitutione, meritò, ne quod patris fauore inductum fuit in odium conuertatur contra regulam *l. quod fauore, C. de legib.* fuit decisum patrem ex substitutione admitti.

Et hanc opinionem probat tex. *in l. 3. C. de hæred. instit.* vbi loquens de seruo, inquit, *quod si verba substitutionis testator ad ius retulit, vt si nec ipse factus fueris hęres, nec alium fecisset hæredem, ita demum substitutus vocaretur.* Si enim ita demum substitutus vocatur, si alium non fecerit hęredem, nō video cur ante Monaci mortem durante adhuc tēpore adeundi possit admitti, quia potest adhuc Monasterium hæredem facere. Itaque substitutus adire non poterit, sed nec Monasterium adibit; nam sicut in potestate serui est nolle etiam iubente domino adire, *l. 3. in fine, C. de hæred. instituen.* ita in Monaco dicendum est ex eo, quod vtrumque instrumentum est quo hæreditas acquiritur, & ideò vterque debet consentire aditioni.

7 Mortuo verò Monaco, vel elapso tempore ad adeundum, omninò verificata est conditio vulgari substitutioni adiecta; neque enim sibi acquisiuit hęres institutus, nec ei, in cuius erat potestate, ideò tunc substitutus admittendus erit, adeò vt nec restitutione in integrum possit Monasterium adire, licet enim verum esset regulariter posse Monasterium petere restitutionem ad adeundam hæreditatem, quā Monacus morte præuentus nō adiuit, iuxta tradita per Socin. *in l. 1. num. 16. ff. de vulgar.*

Attamen cum restitutio sit in priorem statum, repositio *l. quod si minor 25. §. restitutio, de minorib.* non video quomodo mediante restitutione Monasterium adire possit, cum eo tempore, quo viuebat Monacus exclusus ex eius pertinacia esset, & hæc mea est de hac re opinio, quæ non discordat ab ijs, quæ scribit Antonius Faber *de erroribus pragmat. decad. 26. error. 7.* quo loci, licet luculenter de hac re egerit, non tamen futura est inutilis nostra hæc disceptatio.

Aggrediamur nunc ea, quæ ex aduersò allegantur. Primò affertur *l. fin. C. de bon. quæ lib.* vbi disponitur, vt filio repudiante hæreditatem, eam solus pater adire possit, videtur enim idem statuendum esse in filio, nam Monacus, & filius æquiparantur, Bart. *in l. 1. ff. de vulg. substitut. num. 2.* lex

enim

enim in vno ex æquiparatis loquens ad aliud extenditur etiam ſi correctoria eſſet, vt per Euerard. *loco ab æquiparatis*.

9 Secundò ex eo videtur hæc diſpoſitio comprehendere Monacum, quia facta fuit, ne ſit in poteſtate filij priuare patrem hæreditate: incongruum enim videbatur in poteſtate filij eſſe patrem emolumento hæreditatis priuare poſſe, ergo idem in Monaco dicendum eſt.

10 Pro reſponſione animaduertendum eſt, huiuſmodi æquiparationem non probari aliquo iuris noſtri loco, ſed eam excogitatã fuiſſe ab interpretibus, apud quos tamen ſine controuerſia non recipitur, vt liquet ex DD. ſupra allegatis, & ex Rim. iun. *Inſt. per quas perſon. nob. acquir. in princ. nu.* 53. *&* 60. Et re vera ſi ſtatum Monaci in vniuerſum conſideremus, plurimum diſtant Monacia ſeruis, & a filijs, ſi verò acquiſitionẽ bonorũ reſpicimus, potius ſeruis æquiparandi ſunt, quam filijs, vt recti ſſimè admonet Faber, filius enim capax eſt acquiſitionis, nec omnia, nec ſemper acquirit patri, econtra Monacus omnia indiſtinctè acquirit Monaſterio ad inſtar ſerui.

Itaque non licebit ex huiuſmodi comparatione argumentum ducere ad extenſionem conſtitutionis Iuſtiniani, quæ aduerſus iuris rationem introducta fuit, *l. quod contra, ff. de legib.* maximè, quia nõ conſtat apud noſtros, quæ ratio præcipuè mouerit Imp. ad ita conſtituendum, ex rationis enim identitate extenſionem fieri oportet, ſuper qua non poteſt fieri ſolidum fundamentum, cum non conſtat, quæ nõ ſit ratio, quæ præcipuè, & potiſſimum fuit conſiderata a legiſlatore, non conſtat inquam.

11 Nam alij dicunt, id factum fuiſſe, ne in poteſtate filij ſit priuare patrem emolumento hæreditatis, quam rationem approbat Caſtrenſ. *in d. l. final. ante num.* 1. *& in d. §. ſimiliq; modo.*

Alij dicunt, id fuiſſe conſtitutum, quia pater, & filius vna, eademque perſona cenſetur, quæ placet Odofr. *in d. l. fin. col.* 2. *verſ. ſed quo iure*, & ſequuntur Salic. ibi *num.* 1. *in fin.* Rip. *in l.* 1. *num.* 148. *ff. de vulgar. ſubſtit.* Cuiac. *ad tit. C. de bon. quæ lib. prope finem*.

Aliam etiam affert Iaſ. *in l.* 1. *num.* 47. *ad fin. ff. de vulg. ſubſtit.* quod ſcilicet ab initio pater videtur inſtitutus, a quo ſenſu non videntur diſcedere Butrig. & Bald. qui dixerunt, patrem videri ab initio inſtitutum in vſufructu, & ideò nil mirũ, ſi repudiante eo, qui in proprietate inſtitutus fuit, poſſit ipſe hæreditatem adire.

12 Et ex hoc corruit aliud argumentum, ex ea ratione ductũ, quod non ſit æquum in poteſtate filij eſſe priuare patrem emolumento vſusfructus, hæc enim ratio ẽt ſi militet in Monaſterio, non eſt ſatis, vt idem ius in eo conſtituam, cum non conſtet, an hæc vera, & præcipua ratio ſit, & quia non eſt ratio conuincẽs, ſed ſolum perſuaſiua, & ideò nõ fuit ſufficiens ad derogandum iuris rationi, quæ docet, non poſſe ex teſtamento hæreditatem alicui acquiri, niſi hæres in eo ſcriptus adiecit eam, ſed opus fuit, vt Iuſtinianus lege lata hoc ius introduceret.

Filio hærede inſtituto repudiante hæreditatem, an pater admittatur excluſo ſubſtituto vulgari ad l. final. §. fin autem, C. de bon. quæ lib. *Cap. VIII.*

1 SI filiusfamilias fuerit hæres inſtitutus, & inuito patre recuſauerit hæreditatem, dubitant noſtri, quis admittendus ſit, an pater, an vulgaris ſubſtitutus.

Dubitandi occaſio oritur ex conſtitutione Iuſtiniani *in l. fin. §. ſin autem, C. de bonis, quæ lib.* vbi ſtatuit, patrem poſſe hereditatem filio delatam adire, ſi eam recuſauerit; qui enim patri fauent, vrgent generalitatem verborum; cum enim illis non diſtingeatur, an adſit ſubſtitutus, necne, nec nobis hanc diſtinctionem afferre licebit.

2 Qui verò patri ſe ſe opponunt aiunt, Iuſtiniani conſtitutionem non debere ſic intelligi, vt ius ex diſpoſitione teſtatoris quæſitum auferatur, & ideò dicunt eam eſſe intelligendam, cum nullus datus fuit ſubſtitutus.

3 Vt intelligamus, quæ pars melior ſit intelligere prius debemus, quid ſecundum iuris rationem in hac re ſtatuendum ſit, & breuiter me expediendo, puto ex iuris ratione filio recuſante, nec patrẽ adire poſſe, nec ſubſtitutum.

Non poteſt pater adire, quia ſecundum iuris rationem is ſolus adit hæreditatem, qui in teſtamento ſcriptus fuit hæres, & hoc exploratiſſimum eſt, & ideò opus fuit beneficio Principis, vt pater, qui propter abſentiam iubere non potuit filio, vt adiret hæreditatem, eam conſequeretur poſt mortem filij, *l. cum quidam, ff. de acquir. hæred.* hinc etiam deſcendit, vt mortuo ſeruo, vel repudiante dominus hæreditatem ei delatam non poſſit conſequi, *l. inde Neratius, ff. ad leg. Aquiliam, l.* 3. *prope finem, C. de hæred. inſt.*

4 Non poteſt etiam ſubſtitutus adire, quia cum repudiatio filij non noceat patri, *l. is, qui hæres* 13. *§. final. ff. de acquir. hæred.* qui enim adire non poteſt ſolus, nec ſolus recuſare poteſt, *l. is, qui poteſt* 18. *ff. de acquir. hæred.* conſequens eſt, ſubſtituto locum non fieri ex repudiatione filij.

5 Hoc ergo in caſu puto, rem manere in ſuſpenſo ſecundum iuris rationem, & ex futuro euentu pendere, an ſubſtitutus adire poſſit, ſi enim mutata voluntate adhibit, vel viuo, vel mortuo patre (quis enim dubitare debet, hoc ei licere, cum repudiatio non valeat, nec patri obſit?) ſubſtitutus excluditur deficiente conditione, ſub qua vocatus fuit, ſi verò non adiuerit, tunc eo mortuo, vel elapſo tempore adeundum, ſubſtitutus ſine dubio admittendus erit.

6 An verò ſecundum iuris rationem cogi poſſit filius a patre, vt hæreditatem adeat, non ſatis exploratum eſt. Nam hominem liberum ab huiuſmodi coactione immunem, libera eius conditio reddere videtur, econtra verò non videtur ſatis rationi cõueniens, vt peruicacia filij hæreditatis emolumentum auferat patri; cumque a bonis inſtitutis non recedat ius cogendi eum, qui ſub tua poteſtate eſt, ad ea facienda, quæ iniuſte facere recuſat, non video, cur negare debeamus ſecundum iura Romanorum, quæ vitæ, neciſque poteſtatem parentibus tribue-

tribuerũt in filios, *l. in suis, in fin. ff. de liber. & posth.* non licere patri filium cogere, vt hæreditatem adeat.

7 Et licet potestas parentum restricta a posterioribus legislatoribus fuerit, non tamen adeò debilitata fuit, vt incongruum videri debeat hoc iure permitti patri cogere filium adire hæreditatem sibi delatam, cum scribat Iustin. noster *in §. fin. Inst. de patria pot. Nulli enim alij sunt homines, qui talem in liberos potestatem habeant, qualem nos habemus.*

8 Aliud tamen sensisse existimo Tribunianum; nam, si existimauisset ex legibus Romanorum, posse filium a patre, in cuius potestate est, cogi adire hæreditatem, non persuasisset Iustiniano, vt daret patri facultatem adeundi hæreditatem filio delatam statim, atque eam repudiat, sed id demum fieri consensisset, si obstinatè in huiusmodi sententia persisteret; neque enim causa idonea erat, vt a iure
9 veteri in hac parte discederet: hæc secundum iuris rationem vera sunt, nunquid verò aliter post prædicta Iustiniani constitutionem statuendum sit videamus, cuius verba hæc sunt.

Sin autem in secunda ætate adhuc filius est, & hæreditate ei delata consentire adeunti hæreditatem noluerit, vel patre volente ipse reclamauerit: siquidem recusauerit filius, licentiam damus patri simili modo hæreditatem adire, & eam pleno iure habere: ijs hominibus, quæ superius diximus, locum habentibus. & in §. sequenti in eandem sententiam hæc verba habentur.

Similique modo & in milite filiofamilias, qui recusauerit hereditatem, quę ei ex castrensibus occasionibus veniat, patri danda licentia adire hæreditatem, vt ad ipsum perueniat pleno iure, tam per vsufructum, quam per dominium eandem hæreditatem possessurus, quasi pater ab initio fuisses hæres institutus.

Huius constitutionis verba, nõ est dubium, continere casum, quo substitutus datus fuit, cum indistinctè, & generaliter admittat patrem ad hæreditatem, filio eam repudiante, & ideò valdè vrgens esse debet ratio, quæ nos ad restringendũ hæc verba persuadeat, cum in legibus Iustiniani diligenter obseruatum fuisse animaduertamus, ne dubitandi occasio, quam veterum legum breuitas sępius afferebat, relinqueretur. Idque Iustinianus in hac constitutione se se facere profitetur, dum in initio eius inquit. *Necesse est vtiliter, & apertissimè omnia dirimere:* maximè, quia casus hic frequentissimus erat, vetus enim consuetudo Romanorum fuit, vt post primos hęredes secundi scriberentur, ne primis repudiantibus, vel non volentibus hæreditatem adire testamentum corrueret, vt constat ex Appiano lib. 2. de Bello Ciuili, cuius verba retuli cap. 5. num. 22. qua ratione is, qui substitutionem prædictam facit, modo vulgari substituisse dicitur, hoc est modo passim, & ab omnibus vsitato. vide tex. *in l. 4. post medium, ff. de vulg. subst.*

10 Vt autem intelligamus, an rationes, quas nõnulli afferunt, eiusmodi sint; quæ mens fuerit Iustiniani in hac constitutione præscructemur.

Putant autem nonnulli, inter quos est Ant. Faber *decad. 33. error. 7.* Iustinianum sic constituisse, ne testamentum per repudiationem filij extinguatur, quorũ opinio duplici ex causa falsa est. Primò, quia Iustinianus in hac constitutione vult eas dubitationes tollere, quæ ex ea constitutione oriebantur, quã ipse ediderat, vt in bonis aduentitijs pater vsufructum solum consequeretur, quod ipsemet profitetur in principio huius legis, & ideò verisimile non est, hoc constitutum fuisse, vt sit salua voluntas testatoris, nihil enim ad id pertinebat: maximè, quia, nec syllaba quidem de voluntate testatoris in prædictis verbis habetur, quod factum non fuisset, si in gratiam eius hæc constitutio emanasset; solet enim Iustinianus vbique, cum in fauorem voluntatis testantium aliquid noui inducit, palam, & pluribus verbis id profiteri. vide tex. *in l. 1. & 2. com. de leg. in l. final. C. de fideicom. & in l. cum acutissimi, eod. tit. & in Auth. de hæred. & Falcid.*

11 Secundò huiusmodi opinioni obstat, quòd per repudiationem filij non annullaretur testamẽtum, cum ei liceret voluntatem mutare; non erat ergo, cur ius istud introduceret, nisi prius constaret, filiũ obstinata voluntate hæreditatem repudiare, quousque enim spes est, vt is succedat, quem testator vocauit, non erat, cur is hæreditatem adiret, qui a testatore non fuit vocatus, *l. 3. ff. de acq. hęred.*

12 Cum ergo ad conseruandum testamentum hoc ius non fuerit introductum, manifestum est, in fauorem patris principaliter fuisse constitutum, & iure meritò: cum enim veteres iuris conditores plurima parentibus tribuissent, visum fuit Iustiniano conuenire sibi aliquid eis nouo concedere, cum in parentum damnum tot leges antiquas abrogasset: introdusit ergo ad eorum fauorem, vt repudiante filio possent hæreditatem adire; quod etsi a iuris ratione alienum sit, non tamen ab æquitate discedit, etenim cum pater iubet filio, vt adeat hęreditatem, vt plurimum id accidit, quia lucrosa est hæreditas, ergo satis probabile est filium a pertinaci sua opinione discessurum esse cognito errore, eumque iubente patre aditurum esse hæreditatem, quam semel repudiauit, ex qua aditione substitutus proculdubio excludetur.

13 Itaque dum Iustinianus concedit facultatem patri hæreditatem adeundi, secundum id, quod communiter contingit, non derogat iuribus substituti, sed illius temporis spatium, quod necessarium erat, vt filius cognito errore resipisceret, patri indulget, & ideò non destruit prouisionem a testatore factam eo casu, quo filius hæres non erit, cum adsit spes valdè probabilis, filium mutaturum esse voluntatem, & aditurum, quæ fuit satis, vt Iustinianus sic constitueret: & licet accidere possit, vt pater imperitus rerum humanarum damnosam hæreditatem adire velit, & ideò prudens filius nolit consentire, nihil tamen nocet, quia vt plurimum res aliter
14 se se habet, quod satis est *l. nam ad ea, ff. de legib.* Ex quo etiam tollitur, quod obijci potest, interdum filios adeò peruicaces esse, vt non sit spes bonæ frugis, posse etiam accidere, vt interim filius decedat, quia interdum hæc accidere fateor, vt plurimum tamen res aliter se se habet: & hæc est mea de hac re sententia, si quis velit ea scire, quæ nostri in hac quæstione scripserunt, adeat Bart. & reliquos interpretes *in l. 1. ff. de vulg. subst.* Polit. *in tract. de vulg. subst.* Trentacinq. *de subst. p.* t. *c. 6.* D. Fachin. *lib. 4. c. 63.* Ant. Fab. *decad. 33. error. 7.*

Minore

Minore aduerſus hæreditatis aditionẽ reſtituto, An ſuccedat vulgariter ſubſtitutus, an venientes ab inteſtato ad l.8.§.ſed quod Papinianus, ff.de minor. *Cap. IX.*

1 OBtinuit reſtitutionem in integrum minor hæres primo gradu ſcriptus aduerſus hæreditatis aditionem a ſe inconſultè factam. Dubitatur, quis admitti debeat ad hæreditatem, an hæredes ſecundo gradu ſcripti, an venientes ab inteſtato. Prima opinio eſt eorum, qui hæredem ſubſtitutum admittendum eſſe cenſuerunt; ij autem ſunt gloſ. *in l.8.§.ſed quod Papinianus, ff. de minor. & in l. poſt aditam, C.de impub. & al. ſubſt.* vbi Salic. *num.3.* Alex. *num.4.* Iaſ. *num.2.* Coraſ. *num.6. verſ. rurſus.* Bart. *in l.1.num.49.ff.de vulg. & pupill.ſubſt.* vbi Rip. *nu.205.* cum alijs relatis per Odd. *de reſt. in integr.q.6x.art.8.nu.97.* Ant.Fab. *lib.3.coniect.c.4.* D.Fachin. *lib.4.controuerſ.c.73.*

2 Pro qua primo loco affertur tex. *in l. ex contractu, ff.de se indic.* Verba textus hæc sũt, *Ex contractu paterno actum eſt cum pupilla, tutore auctore, & condemnata eſt, poſtea tutores abſtinuerunt eam bonis paternis, & ita bona defuncti ad ſubſtitutum, vel ad cohæredes peruenerunt.*

Reſpondent nonnulli textum loqui de pupillari, cum nos agamus de vulgari, inter quas in propoſito longum eſt diſcrimen; pupillaris enim adita hæreditate non expirat, vulgaris verò vtique *l. poſt aditam, C. de impub. & alijs ſubſtit.* & hæc reſponſio placet etiam Antonio Gouean. *in rubr. ff. de vulg. & pup. num.40. in fin.*

3 Sed obſtat, quòd ibi agitur de ſucceſſione in hæreditate, & bonis teſtatoris, vt patet ex illis verbis, *& ita bona defuncti ad ſubſtitutũ, vel cohæredes peruenerunt.* Ideò non poteſt intelligi, niſi de vulgari ſubſtitutione; hæc enim continet bona teſtatoris; pupillaris verò bona pupilli.

4 Secundò obſtat, quod ibi nulla fit mentio de morte pupillæ, qua viuente non eſt locus pupillari.

5 Tertiò obſtat, quòd ex pupillari non conſequitur ſubſtitutus bona defuncti, niſi illa pupillus acquiſierit, *§.1.Inſtit.de pupillari ſubſt.* & eſt indubitati iuris.

6 Secundo loco reſpondebat Alber. & cum eo Curt.iun. *in l.poſt aditam, num.6. C.de impub. & al. ſubſtit.* quod in caſu, de quo in eo textu agitur, aderat cohæres pupillæ a patre datus, tunc enim inquit Alber. ſubſtitutio reconualeſcit.

Hęc reſpõſio mihi non placet, cum enim inquit tex. *& ita bona ad ſubſtitutum, vel ad cohæredes peruenerũt*, manifeſtè ſignificat bona teſtatoris ad cohæredes pertinere poſſe, & ad ſubſtitutum, ergo non fuerat Iuriſconſulto narratum, an adeſſet cohæres, vel ſubſtitutus; quia tunc ad vnum tantum ex eis perueniſſet hæreditas, malè ergo dixiſſet, *& ita bona ad ſubſtitutum, vel ad cohæredes peruenerunt*, cum deberet exprimere eum, cui bona debebãtur, cohæredem nempe; ideò autem non fuit expreſſum, an adeſſet cohæres, quia non agebatur ad quẽ bona pertinerent, ſed an ex cauſa iudicati ſucceſſor teneretur, nihil ergo referebat, quis ſuccederet.

7 Tertia eſt ſolutio Duareni *ad tit. de vulgar. in c. de effect. vulgar. ſubſt.* Polit. *de vulgar. ſubſt. nu.80.* & Trentacinq. *1. par. cap. 18. nume. 2.* ibi hæreditatem fuiſſe non ſoluendo; idque ex eo deducitur, quòd abſtinuit pupilla ab hæreditate paterna poſt immixtionem, mirum ergo eſſe non debet ſi ibi hæreditas peruenit ad ſubſtitutum, quia hoc caſu ſpecialiter conſtitutum fuit a Pio Imperatore, ſubſtitutum admitti, vt refert Vlpian. *in l. & ſi ſine 8.§. ſed quod Papinianus, ff. de minorib.* vt occurreretur famæ teſtatoris, cui nota inurebatur, ſi creditores eius nomine bona diſtraxiſſent, *§.1.Inſtit. quib. manum. lic. vel non.*

8 Huic reſponſioni primò obſtat, accidere poſſe vt hæreditas eſſet ſoluendo, implicita tamen litibus; tunc enim licuiſſet eam dimittere. *l.minoribus 6 ff.de minor.* & docent Bero. *conſ.68.num.83.lib.1.* Surd. *conſ.87.num.9. & 10.conſ.95.num.9. lib.1.& deciſ.30. num. 35.* poſt alios quos allegant Rota *in recentioribus, par.2. deciſ. 125.* propterea ſatis probabiliter dubitari poteſt de huiuſmodi reſponſione, cum ea admiſſa reſtringatur textus, qui ſua generalitate etiam hunc caſum comprehendit.

9 Secundò & melius vrget, quia reſcriptum Pij Imperatoris loquebatur de hærede neceſſario, inquit enim Vlp. *Et Diuus Pius reſcripſit, et Imperator noſter, & quidem in extraneo pupillo locum fore neceſſario ſubſtituto;* Si enim tunc Pius Imperator reſcripſit, locum eſſe neceſſario ſubſtituto, non licebit nobis eodem in caſu ſubſtitutum voluntarium admittere; hoc enim eſt non leges interpretari, ſed condere.

10 Quarta ſolutio eſt, & vera, de qua Trentacinq. *par.1.c.18.num.2.* textum ſcilicet loqui in filia impubere, quę beneficio abſtinendi, de quo in *l.neceſſarijs, ff. de acq. hæred.* dimiſit hæreditatem, quam immixtione acquiſierat; nos autem loquimur in eo, qui per reſtitutionem in integrum aditam hæreditatem dimiſit, inter quos caſus in propoſita quæſtione latum eſt diſcrimen.

Ille enim qui reſtitutus eſt, adhuc remanet hæres, *l. 8. §. ſed quod Papinianus, in fine, ff. de minor.* & ideò non poteſt dici veniſſe caſum vulgaris ſubſtitutionis, quæ ſub hac conditione fit, ſi primo gradu ſcriptus hæres non erit, *vt in l.1.de vulgar. inſt. eod. tit. in princ.*

Quando verò per beneficium abſtinendi quis dimiſit hæreditatem, res in eum ipſum ſtatum redit, in quo erat ante immixtionem, vt ſcilicet iure quidem ciuili hæres ſit filius, ſed tamen a creditoribus non poſſit conueniri, nec vti actionibus hæreditarijs, *l. neceſſarijs, ff. de acquir. hæred.* & ideò beneficium abſtinendi reſtituit omnia in ipſummet ſtatum in quo ante immixtionem erant, & in eum caſum, in quem confertur conditio ſi hæres non erit; cum aliàs non poſſet verificari. Nil mirum ergo, ſi ſubſtitutus tunc admittatur ſubſtitutionis enim conditio verificata eſt, quod non accidit, quando hæres reſtitutus fuit. Nec dicas, ſuum hæredẽ, cum habet vulgarem ſubſtitutum, effici voluntarium hæredem, quia alibi oſtendam id falſum eſſe.

11 Neque huic opinioni obſtat tex. *in l.8.§.ſed quod Papinianus, ff.de minor.* quo motus Cuiac. *ad l.3.col.2.in princ. C. de impub. & ali.ſubſtit.* dixit ſubſti-

tutum

tutum excludi, quando per abstensionem hæreditatem filius dimittit.

Quia respondeo, illum loqui de extraneo hærede, non de suo, quod docuit ipsemet Cuiac. *ad lib. 2. respons. Papin. in explicatione d. §.* licet id clarè nõ probet, & nõ rectè ponat casum in minore 25. annorum, cum tamen de pupillo ageret Papinian. vt patet ex illis verbis; *cum enim pupillus*, quod maximè in hac re refert *l. necessarijs, ff. de acquir. hæred.* loquitur inquàm de extraneo, quod, vt ostendam, animaduertendum puto in eo textu impugnari opinionem Papiniani, qui dicebat, *minori substitutum seruum necessarium, repudiante quidem hæreditatem minore, necessarium fore; & si fuerit restitutus minor, liberum nihilominus manere, si autem prius minor hæreditatem adierit, mox abstentus sit, substitutum pupillo seruum cum libertate hæredem existere, neque liberum esse*, ideóque totus ille contextus intelligi debet iuxta terminos, in quibus Papinianus loquebatur, ipse verò de extraneo agebat, vt ex illis verbis Vlpiani colligitur, *Cum enim pupillus hæres non fiat*. Hac enim ratione ille vtebatur aduersus Papinianum, vt eius opinionem redargueret, & propterea cum hæc ratio ad extraneum pertineat, nõ ad suum hæredem, qui etiam si abstinet, adhuc tamen hæres manet, *§. sui autem, vers. necessarij verò, Instit. de hæred. qualit. & differen. l. necessarijs 57. de acq. hæred.* sequitur Papinianum locutum fuisse de extraneo, non de suo hærede.

12 Nec miror, si dixeris, loqui textum de eo, qui abstentus est ab hæreditate, quod pertinet ad suos, non ad extraneos hæredes, *§. extraneis, Instit. de hæred. qual. & differ.* quia eodem contextu I.C. vtitur verbis repudiare, & adire, quæ ad extraneos pertinent, non licebit itaque ex huiusmodi verbis argumentum desumere, cum manifestè appareat, promiscuè ibi I.C. his verbis vti, quod non est nouum, nam abstinere hæredes extraneos legimus *in l. 2. §. bonorum, ff. ad S. C. Tertull. in l. Lutius 14. de fideicomm. libert. in l. fin. de success. edict.*

Et suos repudiare hæreditatem dixit tex. *in l. defunctis, C. de legit. hæred. in l. siue 21. in fin. ff. de inr. patr. recusare etiam dicitur suus hæreditatem in l. 12. de vulgar. & pupill. substit.*

13 Secundò adducitur tex. *in l. 1. §. si quis adita, ff. ad S. C. Tertull.* vbi si hæres, qui adijt, obtineat restitutionem in integrum, admittuntur illi, qui successuri fuissent, si hæreditas non fuisset adita, ergo restitutio rem restituit in eum statum, in quo ante hæreditatem erat, ergo substitutus admittendus est æquè ac si hæreditas non fuisset adita.

Sed facilis est responsio, quam alij ante me attulerunt, id non fieri ex vi restitutionis, sed ex verbis legis, vt declarat I. C. dum ait. *Si quis adita matris hæreditate per in integrum restitutionem fuerit abstentus, an ius antiquum possit locum habere, verba admittunt, vt possit, volet ad se, inquit, eam hæreditatem pertinere, nam & hic non vult.* Cum ergo id fiat ex verbis, & dispositione particulari illius legis, non potest trahi ad quæstionem nostram, cum nulla afferatur lex in spetie, de qua agimus, quæ similibus verbis concepta sit.

14 Tertiò adducitur tex. *in l. 2. §. si bonorũ. ff. ad S.C. Tertull.* vbi deciditur, quod si filius, qui adijt hæreditatem, per restitutionem in integrum fuerit abstentus, mater admittitur, & tamen ipsa non vocatur, nisi eo casu, quo filius non est hæres, ergo non sufficit restitutio, vt admittatur ille, qui si hæres non erit, vocatur.

Huic argumento respondebat Cuiac. *ad lib. 7. respons. Papin. in explicatione l. fin. ff. de success. edict. col. 2. vers. eadem ratio*, verba S.C. fuisse extensa ad instar S.C. de quo actum fuit in præcedenti argumento; nil mirum ergo, si restitutio faciat locũ matri.

Verum nihil affertur, ex quo probetur, huiusmodi S. C. verba extensiua fuisse, ideò aliter ego difficultatem dissoluo, animaduertendo, non simpliciter excludi matrem, si filius hæres erit, sed ita demum si re, & nomine hęres erit, vt clarè docet tex. *in d. l. 2. §. sed si sint sui.* nil mirum igitur, si mater admittatur filio restituto; quia tunc nomine, non re, hæres est.

15 Quarto loco Sforz. Odd. *num.* 102. hanc affert ratiocinationem. Is, qui vulgariter substituit eo animo substituit, vt eius voluntas, & dispositio cõseruetur per substitutum, quando id non consequitur per primum hæredem, *l. vnica, in princ. vers. sed & ipsis, C. de caduc. toll.* ergo cum vocat substitutum, eo casu vocare videtur, quo necessarius est ad substituendam eius voluntatem, ergo etiam vocatus intelligitur quando hæres primo loco scriptus restitutus fuit, quia huiusmodi hæres tantum, non conseruat testamentum, *l. nec est nouum 5. ff. de condit. indeb.*

16 Respondeo voluisse testatorem, substitutũ conseruare suam voluntatem, non simpliciter, & indistinctè, & omni casu, sed secundum naturam substitutionis vulgaris, per quam vocauit eum, neque enim vires substitutionis vulgaris excedere potest dispositio ad vulgarem substitutionem restricta, propterea si quis dixerit eum vocatum esse, vt conseruet volũtatem testatoris in casu, de quo agitur, necesse est, eum affirmare naturam vulgaris substitutionis esse, vt substitutus admittatur primo hærede restituto, quod si affirmaueris, petes principium, hoc enim est illud, quod disputamus.

17 Quintò idem Sforzia dicebat, si admittimus in proposita quæstione venientes ab intestato, datur occasio fraudandi substitutos, poterit enim hæres adire, deinde petere restitutionem, & facere locum venientibus ab intestato.

Respondeo, huiusmodi restitutionem non concedi, nisi ex iusta causa, vt explicat ipsemet Odd. *d. quæst. 62. art. 1.* & Cald. *ad l. si curatorem habens, in verb. læsus, num. 81. C. si aduers. vendit.* Iusta autem causa excludit fraudem; aliter etiam possem respondere, sed hæc sufficiant.

18 Sextò idem Sforz. dicebat, huiusmodi restitutio non impedit ius accrescendi *l. penul. ff. de acquiren. hæred.* ergo multò minus debet impedire substitutionem vulgarem, cum ipsa iure accrescendi fit potentior, vt per DD. *in l. 1. ff. de vulg. & pupill.* vbi Rip. *num.* 180. Nam sicut vulgaris substitutio confertur in casum, quo primus hæres non adierit, ita & ius accrescendi habet locum in casu hæreditatis non aditæ, & ideò, ea semel adita, cessat ius accrescendi, *l. 1. §. interdum, ff. de vsufruct. accresc.*

&do-

& docet Bart. *in l. re coniuncti, ff. de leg. 3.* & cum eo alij communiter.

19 Reſpondeo negando, tunc locum eſſe iuri accreſcendi, neque id probat tex. *in d. l. penult.* quia ibi non eſt ius accreſcendi verè, & propriè, ſed impropriè, vt poſt alios docet Cagnol. *in rubr. C. quand. non pet. par. num. 14. & num. 31.* & ex eo patet, quia ille, qui ſuccedit habet vtiles actiones, vt in illis verbis, *vtilis actio dari debeat*, cum tamen conſtet, eum, qui ex iure accreſcendi vero, & proprio ſuccedit, directas habere actiones.

20 Nec dicas, ſicut iure extraordinario admittitur tunc cohæres, ita admittendus erit ſubſtitutus in ſpetie noſtra, nam hanc nego conſequentiam, quia ſi exiſtente cohærede admitterētur venientes ab inteſtato, violaretur regula *l. ius noſtrum, ff. de regul. iur.* hæreditas enim tunc partim ab inteſtato, partim ex teſtamento poſſideretur.

21 Contrariam opinionem tenuit Odoſred. *in l. 8. §. ſed quod Papinianus, prope fin. ff. de minor.* quod immò excludatur ſubſtitutus, & ſuccedere debeāt venientes ab inteſtato, quam probauit Curt. iun. *in l. poſt aditam, C. de impub. & al. ſubſt.* Duar. *ad tit. de vulg. & pupill. ſubſt. c. de effect. ſubſt. vulgar.* eamque ego quoque ſequor, vtque clarè oſtendam, eſſe veriſſimam, duo conſtituam capita. Primò probabo, ſubſtitutum non poſſe admitti. Secundò ad venientes ab inteſtato hæreditatem pertinere demonſtrabo.

Quo ad primum, ſubſtitutum non eſſe admittendum probatur auctoritate textus *in d. l. 8. §. ſed quod Papinianus, ff. de minor.* ibi ab Vlpiano proponitur opinio Papiniani docentis ſubſtitutum non poſſe ſuccedere, ſi hæres primo loco ſcriptus adiuerit hæreditatem, licet fuerit reſtitutus; huiuſmodique opinionem ait non eſſe per omnia veram; fatendum eſt igitur eo tantum caſu falſam eſſe, qui ab Vlpiano proponitur, cumque is exprimat caſū, *quo hæreditas non eſt ſoluendo, & ſeruus fuit ſubſtitutus*, in reliquis non poſſumus inficiari, eam verā eſſe, quod nemo negabit, ſi conſiderabit, Vlpianū; non alia ratione impugnare Papiniani ſentētiam, quam reſcriptorum quorundam auctoritate, quæ cum loquerentur in ſubſtituto neceſſario, & in hæreditate, quæ non eſt ſoluendo, ſequitur in illis caſibus, in quibus hæ duæ circunſtantiæ non concurrunt, inconcuſſam Papiniani opinionem manere.

22 Qua ratione exiſtimo, non bene ſenſiſſe eos, qui prædicti textus auctoritate docuerunt, tunc ſubſtitutum eſſe admittendum, cum hæreditas non eſt ſoluendo, quorum numero fuerunt Lancell. Polit. *in tract. vulg. ſubſt. par. 3. q. 42. num. 82.* Duaren. *ad tit. ff. de vulg. ſubſtit.* Trentacinq. *in tract. ſubſtit. par. 1. c. 18. nu. 4. verſ. ex prædictis.* Tunc enim deficit altera ex dd. qualitatibus quod ſubſtitutux ſit hæres neceſſarius; non enim ſimpliciter fuit reſcriptum eſſe locum ſubſtituto, ſed eſſe locum *ſubſtituto neceſſario.*

23 Neque in propoſito locus eſſe poteſt extenſioni de ſubſtituto neceſſario ad voluntarium; nam reſcriptum huiuſmodi extenderemus ad caſum contrarium, diſertè enim ſe reſtringit ad ſubſtitutum neceſſarium.

Huic fundamento conatur reſpondere Odd. fuiſſe ſeruum ſubſtitutum a domino, vt hæreditate non exiſtente ſoluendo, hæres eſſet neceſſarius, ne bona a creditoribus eius nomine venderentur, & ideo hæreditate exiſtente ſoluendo, non eſſe admittendum, quia tunc ceſſat voluntas teſtatoris, hæc autem ratio non habet locum in extraneo, cū ſemper ſit voluntarius, textus itaque huiuſmodi non pertinebit ad quæſtionem noſtram, in qua de extraneo hærede agimus.

24 Huic reſponſioni ſic occurritur, aut ſubſtitutus admittitur ex vi ſubſtitutionis, aut ex alio iure, ſi ex vi ſubſtitutionis, ergo etiam ſeruus erit admittendus; nec valet, ſeruum in eum tantum caſum fuiſſe ſubſtitutum, quo hæreditas non ſit ſoluendo, quia id omninò negatur, cum generaliter fuerit facta ſubſtitutio ſi primus hæres non erit, quæ verba clarè oſtendunt, ſubſtitutum indiſtinctè vocari, ſiue hæreditas ſit ſoluendo, ſiue non, & ita clara sūt, vt nullam habeant ambiguitatem, & ideò de voluntate non eſt diſputandum, *l. ille, aut ille, de leg. 3.*

Aut verò ex aliquo Iure ſingulari volunt admitti ſubſtitutum voluntarium, & tunc, cum hoc ius non fuerit hucuſque exhibitum, fruſtra allegatur, & ideò regulis iuris interim inhærēdum erit, quib. excludi ſubſtitutum negari non poterit ab ijs, qui eum iure ſingulari admittunt, qui enim iure communi tutus eſt, ad iura ſingularia non confugit.

25 Minus obſtat id quod dicebat Ant. Fab. *lib. 4. coniect. c. 3.* ſeruum eſſe hæredem neceſſarium, eūque non poſſe non eſſe neceſſarium, & ideò ſeruus ſubſtitutus non admittitur, hæreditate exiſtente lucroſa, tunc enim non videtur hæres neceſſarius.

Nam falſum eſt, ſeruum non poſſe inſtitui, vt voluntarium; cum enim in fauorem domini fuerit introductum, vt ſeruus non poſſit hæreditatem omittere, ſi domino videbitur, licebit eum ſubſtituere, ſi voluerit hæres eſſe, vt accidit etiam in ſuis, & neceſſarijs, *vt in l. cum dubitari* 81. *de acq. hæred.*

26 Deindè, etiam ſi hæreditas ſit ſoluendo, nō propterea ſeruus eſt voluntarius, ſed adhuc eſt neceſſarius, cum in teſtamento, in quo inſtitutus fuit habeat libertatem, *§. ſeruus, Inſt. de hæred. inſt. l. teſtamento 90. ff. de hæred. inſtit.* etiam ſi tempore mortis teſtatoris alius hęres extiterit, *l. qui ſoluendo 42. de acq. hæred. Inſt. de vulg. ſubſt. in princ.* Nec contrarium dicit tex. *in §. 1. Inſtit. de hæred. qual. & differ.* Immò id ipſum clarè probat, dum ait, licere ſeruum ſecundo, vel vlteriori gradu hæredem inſtituere; dum ergo ait ſeruum eſſe hæredem neceſſarium, qui protinus poſt mortem defuncti hæres eſt, intelligitur ſi modò nullus ante eum fuerit vocatus.

27 Secundum fundamentum poſitum eſt in regula *l. poſt aditam, C. de impub. & alijs ſubſtit. Poſt aditam hæreditatem vulgaris ſubſtitutio expirat*, ergo & hoc caſu expirabit; cum hæreditas fuerit adita, ergo ſubſtitutus ex ea amplius admitti non poterit.

Nec dicas, propter ſpem reſtitutionis ſuſpendi ius adeundi, quia ſpes reſtitutionis incerta eſt, & dubia ex voluntate hæredis dependens, Prætoriſque ſententia, & ideò tanti momenti eſſe non debet, vt ſubſtitutionem ſuſpendat, ſicut accidit in minore repudiante, nam tunc ſubſtitutus non impeditur adire, etiam ſi fieri poſſit, vt minor reſtituatur

tuatur aduersus repudiationem *l. 1. C. si se min. abst.* & docet Bart. receptus *in l. 2. num. 19. ff. de vulgar.* Et ratio est euidens, quia cum minor adijt vera aditio est, ergo conditio apposita substitutioni, deficit, cum in ea contineatur, ne substitutus admittatur postquàm adita fuerit hæreditas, non poterit itaque spes huiusmodi substitutionis potestatem impedire.

28 Alij respondent, per restitutionem in integrum omnia in pristinum redigi, & per consequens, etiã ius adeundi, sed nec hoc subsistit; vt enim alij scripserunt, falsum est, omnia hoc in casu in pristinum redigi, quia minor, qui restituitur, adhuc hæres remanet, *l. 8. §. sed quod Papinianus, ff. de minor.* dum ait. *Cum enim pupillus hæres non fiat, sed vtiles actiones habeat, sine dubio hæres remanebit, qui semel extitit.*

29 Allter etiam respondebat Odd. scilicet regulariter accidere, vt adita hæreditate vulgaris substitutio expiret, in proposito verò secus esse, quia testator noluit substitutum excludi, nisi primus hæres esset re, & nomine hæres.

Huic responsioni replicari potest ex ijs, quæ dixi num. 16. Præterea hæc testatoris voluntas adimpleta fuit per hæreditatis aditionem, quia tunc minor re, & nomine hęres factus fuit; nec enim inspici debet, quid deinde acciderit, cum verba testatoris non habeant tractatum successiuum.

30 Excluso substituto, ostendamus successionẽ ad venientes ab intestato pertinere, idque ex eo probatur, quòd vbi hæres in testamento scriptus nomine tantum hæres est, tunc ad venientes ab intestato successio defertur; sic enim videmus suis hæredibus abstinentibus locum fieri successioni ab intestato, *l. defunctis, C. de legit. hæred.* licet ipsi hæredes sint adhuc nomine, *l. necessarijs, ff. de acq. hæred. §. sui, Inst. de hæred. qual. & differen.*

31 Nec huic sententiæ obstat textus *in l. final. ff. de success. edict.* cuius auctoritate Gouean. *lib. 2. var. cap. 13.* & Cuiac. in eius explicatione existimant successionem ad fiscum pertinere; quia latum est discrimẽ inter spetiem illius legis, & rem nostram, quod vt ostendam, verba eius proponamus, quæ sunt hæc.

Inferioris gradus cognatus beneficium edicti successorij non habuit, cum prior ex propria parte bonorum possessionem accepisset, nec ad rem pertinuit, quod beneficium abstinendi propter auxilium ætatis prior cognatus acceperat, ergo fisco vacantia bona rectè deferri placuit.

In hac spetie inferior cognatus excluditur, quia tempore, quo defunctus esse cœpit, primum locum non tenebat, quod est illud, quod in proposito inspicitur *l. 2. §. interdum, versic. proximum, ff. de suis & legit.*

32 Nec valet eum, qui antecedebat, restitutũ fuisse, quia, cum tunc ipse adiuerit hæreditatem, ius inferiorum cognatorum extinxit, primo enim adeunte, cæteri inferiores excluduntur; & per consequẽs licet restitutus fuerit, inferiores cognati successionem obtinere nequeunt, cum nullum habeant ius, quo illam possint obtinere.

Itaque hæc decisio non pertinet ad rem nostrã, cum eo tempore, quo defunctus intestatus esse cœpit, venientes ab intestato, proximum gradum obtinerent; neque enim inspiciendum est tempus aditionis hæreditatis, quia aditio non excludit venientes ab intestato, nisi quando per restitutionem in integrum non potest retractari, vbicumque enim fieri potest, vt intestatus testator fiat, ibi viget spes venientium ab intestato.

Substitutio compendiosa verbis directis a Pagano facta, an valeat post pubertatem iure fideicommissi ad l. verbis ciuilibus, ff. de vulg. substit. *Cap. X.*

1 VIx reperiri potest vlla apud nostros quæstio, in qua tot verba effuderint, vt est ea, in qua quęritur, an substitutio compendiosa verbis directis a Pagano facta post pubertatem valeat iure fideicommissi. vide DD. *in l. Centurio, de vulgar. & pupillar. substit. in l. precibus, C. de impub. & alijs substitut. in cap. 1. de testam. lib. 6. in cap. Rainutius, de testamen.* Vasq. *de succession. progress. lib. 2. §. 16.* Card. Mant. *lib. 7. coniect. tit. 5. a nu. 4.* Menoch. *lib. 4. præsumpt. 55.* Mattheac. *in epitom. legat. cap. 17.* Peregr. *de fideicommiss. art. 34. num. 71.* Cuiac. *lib. 11. obseru. 25.* Politum, Sconium, & Trentacinq. *in eorum comment. de substit.* & Sforz. Odd. *in commentar. quem de hac substitutione edidit*, necnon D. Fachin. *lib. 4. capit. 44.*

2 Tota autem hæc disputatio ad duo capita redigitur; an scilicet testator potuerit verbis directis fideicommittere, & an voluerit.

Et quòad primum caput pertinet, si leges veteres inspicimus, clarum mihi videtur, id non licuisse, Vlpian. enim *in fragmen. tit. 25. & 26.* cum describeret legatum & fideicommissum, non aliundè differentiam, quæ inter ea est deducit, quam ex varia verborum obseruatione, ait enim; *legatum est quod legis modo, idest, imperatiuè relinquitur; quod enim precatiuè relinquitur, fideicommissum appellatur.*

Fideicommissum est, quod non verbis ciuilibus, sed precatiuè relinquitur. Si enim licuisset hæc verba confundere, quomodo defendi posset Vlpian. qui diuersitatem, quę est inter legata & fideicommissa, ex diuersitate verborum deducit, non aliundè idem probatur ex Paulo *lib. 4. sentent. tit. 1. versic. fideicommittere.*

3 Si verò leges nouas inspiciamus, omninò licere existimo verbis directis fideicommissum relinquere. Constantinus enim *in l. quoniam indignum, C. de testam.* sic inquit. *In postremis ergo iudicijs ordinandis amota erit solemnium verborum necessitas, vt qui facultates proprias cupiunt ordinare in quacumque instrumenti materia conscribere, & quibuscumque verbis vti liberam habeant facultatem; indignum est enim ob inanem obseruationem irritas fieri tabulas, & iudicia mortuorum.*

Cum enim illa verba, *in postremis ergo iudicijs ordinandis*, ad eum quoque pertineant, qui fideicommissum relinquit, vtique quibuscumque verbis vti liberam habebit facultatem, & ideò directis vti poterit, cum hæc apta sint ostendere defuncti voluntatem, vt hæreditas ad eum perueniat, quem testator nominauerit.

4 Secundò & clarius deducitur *ex l. 2. C. commun. de leg.* vbi Iustinianus ait, *Omne verbum significans*

teſtatoris legitimum ſenſum legare, vel fideicommitte-re volentis vtile, atque validum eſt, ſiue verbis directis, ſiue precarijs vtatur teſtator.

5 Tertiò, & clariſſimè hoc probatur *ex cap. 1. de teſtam. lib. 6.* vbi Summus Pontifex agens de interpretatione verborum teſtatoris ait, ea in dubio ad directam diſpoſitionem trahi, deinde inquit, *quãquam directa interdum ad fideicommiſſum ex cauſa trahantur*, nulla enim maior cauſa excogitari poteſt, quam voluntas teſtatoris.

6 Videamus modò, an is, qui ſubſtitutionem compendioſam verbis directis poſt pubertatem fecit, præſumatur fideicommittere voluiſſe; quod verius mihi videtur, primò ex regula *l. quoties idem ſermo, de regul. iur.* *Quoties idem ſermo* (ait lex) *duas ſententias exprimit, ea potiſſimum accipiatur, quæ rei gerendæ aptior eſt.* Cum enim verba directa ad fideicommiſſum trahi poſſint, hoc ſenſu ea accipere oportet, hic enim aptus eſt rei gerendæ non alius, nam per fideicommiſſum, non autem directò, hæreditas in ſubſtitutum transferri poteſt.

7 Secundò vrget regula *l. 3. de milit. teſtamen.* non præſumi teſtatorem eam elegiſſe rationem teſtandi, per quam diſpoſitiu eius inanis fiat, ſi enim dicamus, eum ſubſtituere voluiſſe directò, inanis redditur eius diſpoſitio.

8 Tertiò id probatur *ex l. ex facto, in princip. ff. ad S. C. Trebell.* dum inquit, *Ex facto tractatum eſt, an per fideicommiſſum rogari quis poſſit, vt aliquem hæredem faciat; & Senatus cenſuit rogari quidem quem, vt aliquem hæredem verum faciat, non poſſe, verum videri per hoc rogaſſe, vt hæreditatem ſuam ei reſtituat.*

Nam aliundè præſumptionem hanc non deduxit Senatus, quam ex regula *l. 2. de iuriſd. omn. iudic.* eum ſcilicet, qui vult cõſequens, velle quoque quidquid neceſſariò antecedit; cum enim velit, hæreditatem in eum, quem hæredem fieri rogauit, transferre, vtique voluit eo modo diſponere, qui neceſſarius eſt, vt hæc voluntas effectum ſortiri poſſit; & ideò virtualiter voluit per fideicommiſſum, hæreditatem ad eum peruenire, cum voluntas eius hac ſola ratione adimpleri poſſit; ergo & in caſu noſtro eidem præſumptioni locus erit, cum eadem præſumendi cauſa adſit.

9 Cum ergo licitum ſit verbis directis fideicommiſſum relinquere, præſumendumque ſit, eum qui poſt pubertatem verbis directis hæreditatem reliquit, fideicommittere voluiſſe; ſequitur veram eſſe eorum opinionem, qui aiunt ſubſtitutionem compendioſam verbis directis a Pagano poſt pubertatem factam, iure fideicommiſſi poſt pubertatem valere, quod dubitatiune carere exiſtimo, ſi in teſtamento adſit clauſula, omni meliori modo, vt fieri ſolet, ex hac enim euidens redditur mens teſtatoris, vt diſpoſitio valeat eo modo, quo expreſſum fuit ſi valere poſſit; ſin minus, eo modo valeat, quo valere poteſt.

10 Explicare nunc oportet partis aduerſę argumẽta; quorum maior pars, cum ex legibus veteribus deſumpta fuerit, vno verbo deſtrui poſſet, dicendo ex diſpoſitione iuris noui noſtram deduci opinionem, iubet tamen ſigillatim reſpondere.

Primò adducitur textus *in l. Sceuola, ff. ad S. C. Trebell.* vbi dicitur, ſubſtitutionem verbis directis factam ex benignitate eo in caſu ſuſtineri, ergo regulariter diſpoſitio directis verbis facta ad fideicõmiſſum trahi non poteſt, cum iure directo non valet, ad benignitatẽ enim non confugimus, cum iure communi vti poſſumus.

Reſpondeo, ibi directam hæreditatem in codicillis datam fuiſſe; inquit enim textus. *Sceuola reſpondet, ſi pater filium ſuum impuberem ex aſſe ſcripſerit hæredem, eique codicillis ſubſtituerit, deinde filius impubes deceſſerit, licet ſubſtitutio inutilis ſit, quia codicillis hæreditas neque dari, neque adimi poteſt;* ergo hic textus ad rem noſtram non pertinet, quia cum clarum eſt teſtatorem non fideicommittere, ſed directò diſponere voluiſſe; benignitate opus eſt, vt deſpoſitio iure fideicommiſſi valeat, quod non accidit, quando non conſtat quomodo diſponere voluerit, tunc enim, ſi ex coniecturis idoneis, eum diſpoſuiſſe per fideicommiſſum probari poteſt, iure communi diſpoſitio ſuſtinetur.

11 Secundò adducitur textus *in l. in pupillari, de vulgar. & pupillar. ſubſtit.* dum ait, *in pupillari ſubſtitutione, licet longius tempus comprehenſum fuerit, tamen finitur ſubſtitutio pubertate;* ergo poſt pubertatem iure fideicommiſſi non poterit ſubſtineri.

Reſpondeo, textum agere de eo, qui volebat ſubſtitutionem pupillarem vltra tempus a lege definitum extendere; & reſpondet I. C. eum nihil agere, aperteque ſentit, nec iure fideicommiſſi diſpoſitionem ſubſtineri; ſed nihil hoc vrget contra nos, quia aliud eſt, ſubſtitutionem pupillarem trahere ad fideicommiſſum, aliud eſt aſſerere, diſpoſitionem directis verbis factam fideicommiſſum eſſe; nam primo caſu tractatur de immutanda diſpoſitione a teſtatore facta; ſecundo verò agitur de interpretatione voluntatis teſtatoris, vtrum ſcilicet directò voluerit, an per fideicommiſſum diſponere.

12 Tertiò adducitur tex. *in §. maſculo, Inſtit. de pupill. ſubſtit.* dum ait, *Maſculo igitur vſque ad 14. annos ſubſtitui poteſt, fœminæ vſque ad 12. & ſi hoc tẽpus exceſſerit, ſubſtitutio euaneſcit.*

Reſpondeo, textum agere de ſubſtitutione pupillari; nam conſtat, fideicommiſſariam dictum tempus excedere poſſe, quod etiam diſertè docet Imperator *in §. ſeq.* Ideò nobis non obſtat, quia nos non dicimus, hanc eſſe ſubſtitutionem pupillarem, ſed fideicommiſſariam eam eſſe contendimus.

13 Quartò adducitur tex. *in §. fin. Inſtit. de pupill. ſubſtit.* in illis verbis, *filio puberi non poſſe ita ſubſtitui, vt ſi hæres extiterit, & intra aliquod tempus deceſſerit, alius ſit ei hæres.*

Reſpondeo, teſtatorem, de quo agimus, licet quoad corticem verborum poſt pubertatem hæredem ſcripſerit, reuera tamen noluiſſe, vt ſubſtitutio iure directò valeret, vt oſtendi num. 6. & ſequentibus.

14 Quintum argumentum eſt huiuſmodi; Diſpoſita iure directò in teſtamẽto ſolemnibus carente, non ſubſtinentur iure fideicommiſſi, etiam ſi aliter ſubſtineri diſpoſitio nõ poſſit, *l. 1. ff. de codicill. l. fin. §. illud, C. eod.* ergo ſubſtitutio verbis directis facta ad fideicommiſſum trahi non poteſt ex eo ſolo, quod iure directò non valeat.

Reſpondeo, iura allegata loqui, quoties mens teſtatoris

statoris fuit non codicillos, sed testamentum conscribere, vt colligitur ex illis verbis, *vt testator, qui decreuit facere testamentum, si id adimplere nequiuit*, idque clarius habetur *in d. l. 1. de codicill.* dum ait, *eum, qui testamentum facere opinatus est, nec voluit quasi codicillos valere, videri nec codicillos fecisse.*

Ad idem est tex. *in l. cohęredi, §. cũ filia, vers. qua ita, ff. de vulgar.* ideò textus non obstat nostræ opinioni, quia nos asserimus, testatoris mentem fuisse fideicommittere; immò retroquetur argumentũ; sicut enim is, qui testamentum facere cogitat, si velit, dispositionem iure fideicommissi sustineri, si forte iure directò non valeret, efficit vt eo modo valeat, quo valere possit, ita in casu nostro accidere debet, cum mens testatoris sit, vt eo modo valeat quo valere potest, vt ostendi nu. 6. cum seqq.

15 At dices, sicut testator, cum hæredem scribit, præsumitur testamentum, non codicillos conscribere, *l. non codicillum, C. de testam.* etiam si dispositio corrueret; ita in casu nostro, cum testator verbis directis vtitur, præsumi debet, eum directam dispositionem facere voluisse, etiamsi hac de causa corruat.

Respondeo, esto verum esse intellectum communem *ad d. l. non codicillum*, intee istos casus diuersam rationem esse, nam cum in codicillis prohibitum sit, hæreditatem iure directò dare *§. final. Instit. de codicill. l. 2. C. eod.* is, qui directam hæreditatem desert, non præsumitur codicillos scribere, quia nemo creditur scienter actum prohibitum facere; ergo ad casum nostrum hæc res non pertinet, cum iure nouo liceat verbis directis fideicommissum relinquere.

16 Sextò adducitur tex. *in l. precibus, C. de impub. & al. substit.* vbi substitutio directis verbis post pubertatem facta a milite iure singulari trahitur ad fideicommissum.

Respondeo, immò substitutionem huiusmodi in milite iure directò valere, *l. Centurio, de vulg. substit.* quod latè, & eleganter explicat Anto. Fab. aduersus Cuiac. *lib. 15. coniect. cap.* 12. nec contrarium probat text. *in d. l. precibus*, vt ostendi c. 39. libri antecedentis a num. 10.

Sed estò, verum esse intellectum prædictum, quid tamen contra nos, cum textus agat de substitutione directa, *vt in vers. si verò substitutus.* Nos vero de substitutione directis verbis facta? Aliud enim est directis verbis disponere, aliud directam substitutionem facere; primo enim casu dispositio fideicommissum esse potest; secundo verò nequaquam.

17 Septimum positum est *in l. generaliter, §. seruo pignorato, ff. de fideicom. libert.* vbi fauore libertatis verba directa ad fideicommissum trahuntur, ergo in alijs secus est.

Respondeo, ibi Iurisconsultum supponere libertatem directam datam fuisse, vt in illis verbis, *si quis seruo pignorato libertatem directam dederit*; & ideò non est par ratio inter vtrumque casum, quia nos negamus, testatorem directam substitutionem facere voluisse, licet verbis directis vsus fuerit.

18 Octauò adducitur textus *in l. seruus legatus, §. si seruus alienus, de leg. 1.* vbi si seruus alienus iussus fuerit esse liber, inutilis est testatoris dispositio, quia verbis directis fuit data libertas; & licet sustineri posset dispositio trahendo eam ad fideicommissum, id tamen non fit, ergo nec in casu nostro fieri poterit.

Multas afferunt nostri responsiones, ex quibus illa mihi probatur, ibi non constare de mente testatoris, vt seruus liber esset, immò vrgens coniectura in contrarium erat, quia testator eundem seruum alteri legauerat; si enim voluit, eum esse liberum, cur enim legauit? & licet alibi scriptum sit, *si testator eundem seruum legauerit, liberumque esse iusserit, libertatis fauorem præualere, l. si idem* 14. *de leg. 2.* tamen, nihil nocet, ibi enim agitur de testatore, a quo rectè libertas fuit data, aliud enim est, iure suo libertatis dationem valere, aliud est versari in casu, in quo vt libertatis datio valeat, dispositionem ad fideicommissum trahere oportet; cũ enim hoc ex voluntate fieri debeat, necesse est, eam euidentem esse, *l. non aliter, de leg. 3.*

19 Adducitur nono loco textus *in l. verbis ciuilibus, ff. de vulgar. substit.* vbi Papinianus ait, *Verbis ciuilibus post* 14. *ætatis annos frustra substitutionem fieri conuenit.* Si frustra fit, ergo nec iure fideicommissi sustinetur.

20 Varijs modis nostri respondent, eamque melior responsio videtur, non semper aduerbium hoc significare actum penitus inutilem; immò sępè significare actum alicuius virtutis; qui tamen non efficit id, quod voluit is, qui eius auctor fuit; idque probatur ex varijs iuris nostri locis, quibus addo tex. *in l. qui tutelam, §. final. de testam. tutel.* necnon illud Virgilij 5. Aeneidos.

Entellæ Heroum quondam fortissimæ frustra.

21 Hæc tamen responsio non est admittenda; Papinianus enim, qui de viribus huiusmodi substitutionis interrogatus fuerat, defecisset muneri suo, si existimauisset, eam iure fideicõmissi valere, illudque tacuisset, quomodò enim is, cui responsum datum fuit ex verbis Iurisconsulti colligere poterat, substitutionem iure fideicommissi valere? Oraculi magis responsum esset, quam Iurisconsulti, & ideò puto ex hoc textu optimè probari dispositionem, de qua agimus, inutilem esse, quod tamen nobis non nocet, quia ex iure antiquo hæc decisio pendet, quod correctum fuisse a Constantino, & Instiniano ostendimus num. 2. & 3.

22 Decimò adducitur textus *in l. cohæredi, §. 1. de vulgar. substit.* vbi agens Papinianus de patre, qui rogauerat filium impuberem, vt hæreditatem suã restitueret, si impubes moreretur ait, legitimum hæredem filij hæreditatem restituere debere, velut ab impubere fideicõmissario post eius mortẽ dato; deindè hæc verba subdit, *nec aliud seruandũ, cum substitutionis conditio puberem ætatem verbis precarijs egreditur.* Nisi enim referret, quibus verbis substitutio fieret, vt post pubertatem substitutio iure fideicommissi sustineatur, nõ dixisset Papinianus, *cum verbis precarijs substitutionis cõditio pubertatem egreditur*, sed indistinctè id dixisset.

23 Aliqui dicunt, Papinianum de verbis precarijs mentionem fecisse, quia plerumque fideicommissa verbis precarijs relinquuntur; & ideò argumẽtum a contrario sensu duci non potest, quia traditum est, ea, quæ in lege exprimuntur frequentioris

vſus gratia diſpoſitionem non coarctare. vide Iaſ. *in l.2.num.12.& 13.de vulgar.ſubſtit.*

Hæc reſponſio non eſt bona, quia verba fidei-cõmiſſorum tempore Papiniani confundi non poterant; & ideò negari non poteſt, eum ſentire, ſubſtitutionem pupillarem poſt pubertatem verbis directis factam inutilem eſſe, quod tamen ideò non nocet; quia eius deciſio fundata eſt in verborum obſeruatione, quæ ſublata fuit a Conſtantino.

24 Poſtremum argumentum eſt, verba ſubſtitutionis, de qua agimus debere vnam eandemq́ue interpretationem habere *l.4.ff.de vulg.ſubſtit.* & proindè cum ante pubertatem ſubſtitutio hæc directam exprimat diſpoſitionem, directam quoque poſt pubertatem exprimere debere.

Nihil eſt; mens enim teſtatoris eſt, per hanc ſubſtitutionem omni caſu prouidere, & ideò vult, eam varijs modis accipi pro varietate caſuum, cumq́ue nullum incommodum a noſtris exiſtimetur, ſubſtitutionem verbis, vt ipſi loquuntur communibus, factam ante pubertatem iure directò valere; poſt pubertatem autem iure fideicommiſſi, cur id in caſu noſtro non erit admittendum? vide *tex.in l.pater Seuerinam, §.conditionem, de condit.& demonſtrat.* hucq́ue trahi poteſt, quod ait Imperator *in l.ſi quis hæredem 7. C. de inſtit. & ſubſtit. cauendum eſſe ne dum nimia vtimur circa verborum ſenſuum ſubtilitate, iudicia teſtantium defraudentur.* Et quod Iuriſconſultis opponit Cicero in oratione pro Murena, dum ait; *in omni denique iure ciuili æquitatem reliquerunt, verba ipſa tenuerunt.*

An exemplaris tacita ſubintelligatur in vulgari expreſſa. Cap. XI.

1 DIſſentiunt noſtri, An in vulgari expreſſa ſubintelligatur exẽplaris ſubſtitutio. vide DD. *in l.ex facto, ff. de vulgar. & pupil. ſubſtit.* Fernand. Vaſq. *de ſucceſſ.progreſſ.lib.2.§.17.a num.60.* Card. Mantic. *lib.5.tit.16.* Menoch. *lib.4. præſumpt.41.* Polit. Zaz. & alios, qui de ſubſtitutionibus commentarios euulgarunt.

2 Cumq́ue ſemel, iterumq́ue diligenter hanc rem examinaſſem, in eam veni ſententiam, vt exiſtimarem Gugliel. de Cun. & Rainarij ciuis mei opinionem veriſſimam eſſe, dum docuerunt ſubſtitutionem vulgarem non continere exemplarem.

3 Vt hanc opinionem ſequerer fecit hæc ratiocinatio, ſi exemplaris in vulgari ſubintelligeretur, id eſſet, vel ex vi verborum, vel ex natura diſpoſitionis, vel ex mente teſtatoris, vel ex legis auctoritate, nullo ex his modis continetur, ergo nullo modo continetur.

4 Non continetur ex vi verborum, nam vulgaris ſic concipitur, *ſi hæres non erit,* vel *ſi noluerit, vel ſi non potuerit hæres eſſe Caium ſubſtituo:* nulla enim ratione ex his verbis deduci poteſt, vt ſubſtitutus admittatur, etiam poſt aditam hæreditatem decedente filio in furore.

5 Ex natura diſpoſitionis idem dicendum eſt: toto enim cœlo diſtant vulgaris, & exemplaris, hæc eſt teſtamentũ filij, illa patris; vulgaris confertur in caſum non aditæ hæreditatis; exemplaris in caſu, quo hæres erit, & in furore deceſſerit.

6 Non ſuffragatur etiam voluntas teſtatoris, qua nihil aſſertur, ex quo concludenter poſſit deduci; quod enim dicunt aduerſarij, ſicut ſubſtitutum in ſuis bonis prætulit, ita veriſſimile eſt, eum prætuliſſe in bonis filij, leuiſſima coniectura eſt, quæ potius contrarium ſuadet, ſicut enim ad ſua bona expreſsè vocauit ſubſtitutum, ita etiam ad bona filij vocauiſset, quia homines dum teſtamenta conſcribunt, curant diligenter ſuam voluntatem verbis claris exprimi, nec patiuntur adeò obſcuris verbis eam exponi.

7 Secundò, cum varia ſint hominum ingenia, variæ, & diuerſę temporũ, locorum, perſonarumq́ue circunſtantiæ, ex quibus ſępe euenire poteſt, vt expediat teſtatoris, veniente ab inteſtato a ſuis bonis excludere, non a bonis filij in furore decedentis, quis affirmabit allatam coniecturam eſſe talem, quæ concludenter voluntatẽ teſtatoris nobis probet? itaque hoc in caſu, cum I. C. *in l.ille aut ille, de leg.3.* dicere poſſumus, vbi in verbis non eſt ambiguitas non eſt admittenda voluntatis quæſtio.

8 Neque his refragatur, quod aliqui dicunt, teſtator, ſi interrogatus fuiſſet de caſu iſto, vtique admiſiſſet ſubſtitutum, ergo idem eſt, ac ſi expreſsè eum vocauiſſet, traditum eſt enim id pro diſpoſito haberi, quod teſtator diſpoſuiſſet, ſi de eo interrogatus fuiſſet. vide DD. *in l.commodiſſimè, ff. de lib. & poſth.*

9 Nam, reſpondeo non conſtare, teſtatorem, ita diſpoſiturum fuiſſe; non conſtare inquam ex verbis quibus vſus eſt, ſicut neceſſe eſt, vt prædictæ traditioni locus ſit, vt colligitur ex Dec. *conſ. 89. num.3.* ex Curt. Iun. *conſil. 276. num. 49. lib. 3.* ex Gabriel. *conſ.95.num.14. & conſ.151.num.11.* ex Ant. Gabriel *tit.de regulis iuris, concl.10. num.7.* ex Peregrin. *de fideicommiſſ.art.11.num.32.* & ex alijs, de quibus ſupra c.1.num.13.& 14.

10 Quibus non repugnat, quod in vulgari ſubintelligatur pupillaris, quia id Principis auctoritate factum fuit, *l. iam hoc iure, ff.de vulg.& pupill.* & ideò nobis, qui interpretes ſumus, eius exemplo vti non licebit aduerſus iuris regulas, vt prudenter admonet Carol. Ruin. *conſ.177.num.18.lib.2.*

11 Tandem legis auctoritate exemplaris non continetur in vulgari, cum nulla lex adſit tale quid dicens. vide tex. *in l.humanitatis, C. de imp. & alijs ſubſtitutionibus, in §. qua ratione, Inſt.de pupill.ſubſt.* quibus in locis poteſtas ſubſtituendi exemplariter conceditur, & nihil inuenies ex quo id colligi poſſit, quod validiſſimum argumentum eſt, Iuſtinianum, id cõnſtituere noluiſſe, quippè qui ſolitus eſt multis verbis exprimere, quæ noue introducit nec ſine præfatione.

12 At dices ſatis id expreſſit Iuſtinianus, dum dixit ad exemplum pupillaris ſubſtitutionis hanc ſubſtitutionem inueniſſe, hoc enim ſatis idoneum argumentum videtur, vt hæc ſubſtitutio ad inſtar pupillaris in vulgari ſubintelligatur.

Reſpondeo non valere conſequentiã, ad exemplum pupillaris inuenta fuit, ergo quod eſt diſpoſitum in pupillari, & in exemplari locum habebit, nam, vt ab æquiparatis argui poſſit, oportet, vt per modum regulæ facta fuerit æquiparatio, vel in eo de quo agitur, Iaſ. *in Auth. nouiſſima, num. 38. ad*

finem

finem, verf. tamen, C. de inoff. teftam. cum relatis per P. Barbof. *in l. fi coftante, num. 98. & 99. ff. fol. matr.* Seraph. *decif.* 288. *num.* 5. quod in cafu noftro cum factum non fuerit, confequens eft huiufmodi argumentum nõ valere, idque eo libentius admitti debet, quod non leue difcrimen inter hos cafus reperitur; nam pater, qui filium habet in pupillari ætate conftitutum, difpicere poteft, quid ei expediat, in cafu vero noftro, cum nefciat, quo tempore deceffurus fit, poteft enim plurimis annis viuere, non poteft determinare, quid vtilius ei futurum fit, cũ hoc pendeat ex circunftantijs locorum, temporũ, & perfonarum, quæ ex futuro euentu dependent, & ideò non eft facile afferendum, eum excludere voluiffe venientes ab inteftato ijs verbis, quæ nullo pacto eius mentem exprimere valent.

13 Poftremò non obftat, quod difpofitio Marci cõftituentis, vt in vulgari contineatur pupillaris, extendi debeat ad exemplarem, *l. non poffunt, ff. de legibus,* quia huic extenfioni multa obftant. Primò imparitas rationis. Secundò natura difpofitionis, quæ extenditur, fcilicet conftitutio Marci aduerfus regulas iuris introducta; fcriptum eft enim ea, quæ contra rationem iuris introducta funt, non effe tradenda ad confequentias, *l. quod verò, ff. de legibus,* maximè, quia facultas fubftituendi exemplariter a Iuftiniano aduerfus regulas iuris conceffa, & ipfa extenderetur, vt fcilicet hæc fubftitutio nõ folum verbis mentẽ teftatoris exprimentibus fieri poffit, fed vt etiam per verba, quę nullo modo eam exprimere poffunt aduerfus regulam *l. in ambiguo, ff. de rebus dub.* & tandem, quia non fatis explorata eft ratio d. conftitutionis, vt expofui libro antecedenti c. 43. qua deficiente, extenfio fieri non poteft, ipfa enim vt omnes norunt, fundata eft in fimilitudine rationis.

Reftitutio in integrum, An fit concedenda hæredibus eius, qui iufta caufa impeditus, mortuus eft antequàm adiuerit hæreditatem fibi debitam ad l. Pannonius 85. ff. de acq. hæredit. *Cap. XII.*

1 IN hac re concors videtur DD. noftrorum opinio reftitutionem hæredibus effe concedẽdam, vt cognofcere quifque poteft apud interpretes *in l. Pannonius 85. ff. de acquir. hæred.* & in locis indicatis a Sfortia Oddo *de reftit. in integr. quæft.* 50. *artic.* 6. 7. 8. & 9. P. Barbofa *in l. quia tale, a nu.* 56. *ff. folut. matr.* moti ex tex. *in d. l. Pannonius, & ex regula l. 1. ff. ex quibus cauf. mai. in integr. reftit.*

2 Ego verò aliter rem iftam explicandam effe exiftimo, fecundum iuris noftri regulas, quod vbi oftẽdero, receptæ opinionis fundamenta excutiam.

Dico autem diftinguendum effe. Aut ei, qui iufto impedimento detentus non adiuit hæreditatẽ, ante mortem perijt tẽpus adeundi, aut non perijt.

Si eo nondum mortuo tempus adeundi expirauit, reftitutio in integrum eius hæredibus competit, fi modò culpa defuncti, tempus non expirauerit, is enim, qui iufto impedimento detentus lucrũ amifit, reftituitur, *l. & fiue 27. ff. ex quibus cau. maiores.* & reftitutio enim, quam defunctus petere poterat, eius hæredes obtinere poffunt, *l. fed etfi, §. fin. verfic. vt puta, ff. ex quibus cau. mai.* & hoc cafu procedere poteft communis, & recepta opinio.

3 Si verò tempore mortis nondum elapfum fuerat tempus adeundi, tunc reftitutionem competere nullo modo exiftimo, etiam fi verfemur in illis, qui Reipublicæ caufa abfunt. Nam ille, qui impeditus Reip. caufa, adire nequiuit, donec durat tempus adeundi, læfus ex caufa Reip. dici non poteft, quia adhuc adire poteft; cum verò propter mortem ius iftud amittit, licet abfens Reip. caufa fit, vel quocumque alio impedimento probabili detineatur, non poteft ex hoc capite petere reftitutionem in integrum, quia qui Reip. caufa abeft non reftituitur, fi damnum, quod fenfit, dum Reip. caufa abfuit, paffurus erat, etiam fi caufa Reipub. non abfuiffet, *l. is qui 44. ff. ex quibus cau. mai.* nam is, de
4 quo agimus, etiam fi non abfuifset caufa Reipub. morte tamen ius adeundi amififset, & hoc eft, qđ Papinianus indicat *in d. l. Pannonius,* dum agens de hæredibus illius, qui Procurator in Cilicia erat (quod erat officium Reip. caufa fufceptum, *l. abeffe 32. l. qui mittitur 35. ff. ex quibus cau. mai.*) qui petebant reftitutionem ad adeundam hæreditatẽ, quam defunctus Reip. caufa abfens adire non potuit, inquit *ftricto iure reftitutionem non competere, quia intra diem aditionis deceſſerat.*

5 Hoc idem confiderauerunt Seuerus, & Antonius *in l. 1. C. de reftit. milit.* cum docent hæredibus militis, qui in caftris degens bonorum poſſeſſionem fibi delatam non agnouit, reftitutionem in integrum competere, *Si miles poft exactos dies, quibus bonorum poffeffio defertur in militia defunctus eft.* Hic enim conditionaliter reftitutio conceditur, *Si modo miles defunctus deceſſerit elapfo tempore agnofcendæ bonorum poffeffioni conftituto,* ergo hac conditione non verificata reftitutio non competit hæredibus illius, qui Reip. caufa abeft, ille enim de quo ibi agitur, Centurio erat, & in militia decefserat, & ideò Reip. caufa abfens erat, *l. milites 7. l. Iulianus 17. l. miles 34. l. milites 45. ff. ex quib. cau. mai.*

6 Ab hac regula excipio eos, qui legationis munere defunguntur, etiam nomine fui municipij propter refcriptum Pij, de quo mentionem faciunt Vlp. *in l. cũ quidam 30.* Papin. *in l. Pannonius 85. de acquir. hæred.* in quo exprefsè conftitutum fuit, eũ qui legationis caufa fungitur, reftitui ad adeundam hæreditatem filio eius delatam, quam iuffu patris non potuit adire propter eius abfentiam ex caufa legationis, quod refcriptum Papin. humanitatis gratia produxit ad hæredes eius, qui Procurator in Cilicia fuerat, his cafibus exceptis, a regula recedendum non erit, non obftante refcripto Pij Imper.

7 Nam refcriptum ad alios extendi non poffe infpecto ftricto iure, teftem habemus Papin. *in d. l. Pannonius,* cum inquit, *quod & hic humanitatis gratia obtinendum eft,* hoc enim loquendi modo I. C. folent vti, quando id, quod ex ftricto iure concedi non poteft, ex benignitate, & æquitate tribuitur, *vt ff. de liber. & pofthum. l. 2.* ibi *benigna interpretatione, in l. fi ita fcriptum,* ibi *humanitate fuggerente, in l. fed & fex, ff. ad trebel.* ibi *benignius eft, in l. planè, ff. de pet. hæredit. in l. hoc, artic. 29. verf. fed hoc humanius, ff. de hæred. inftit. & alibi fępiffimè,* ideò autem refcriptum extendi non poteft, quia quod

contra rationem iuris receptum est, non debet trahi ad cõsequentias, *l. quod verò 18. ff. de legib.* & quia constitutiones Principum in fauorem aliquorum particulariter factæ ad alios non extenduntur, *§. quod Principi placuit, Inst. de iur. nat.*

8 Nec valet si dixeris, rationem in rescripto Pij fuisse expressam, quia Reip. causa Legatus aberat, vt refert Vlp. *in d. l. 30. de acquir. hæred.* & ideò ex vi rationis omnes qui Reip. absunt comprehendi, quia, nec Papinianus id ignorauit, & tamẽ omisso iuris rigore ad benignitatem confugit, & iure meritò. Nam causa huiusmodi non est secundum iuris rationem idonea ad obtinendum restitutionẽ, quia ex causa Reip. non fuit læsus, & ideò non est satis vt per eam extendamus rescriptum iuris regulis aduersans.

At dices ex eadem æquitate, qua Papinianus eũ, qui Procurator in prouincia erat ex huiusmodi regula eximit, nos eximere posse omnes alios, qui Reip. causa absunt, quia cum in militibus, quorum armis, & sanguine Reip. defenditur, constitutum sit expresẽ, vt restitutio non competat, nisi ipsis viuentibus elapsum fuerit tempus agnoscendi bonorum possessionem, non erit licitum nobis a regula iuris recedere fauore aliorum, qui Reip. causa absunt, maximè quia ex æquitate a verbis legis scriptæ nobis recedere non licet, prohibente, & auferente nobis hanc facultatem, qua I.C. veteres vtebantur Constantino *in l. 1. C. de legib.* quibus prætera addi debet, quod æquitas ex circũstantijs particularibus oritur, neque ab eo considerari potest, qui in abstracto disputat, vt ex Arist. docui c. 2. nu. 17. hoc libro.

Hæc sunt ex quibus nostra opinio satis cõprobata est, reliquum est, vt fundamenta diluam, quibus recepta opinio nititur.

Et quantum pertinet ad tex. *in d. l. Pãnonius 86. ff. de acquiren. hæredit. in verf. & filium, qui matris.* ex quo rescriptum Pij ad omnes iustaex causa absentes pertinere existimant, animaduertendum puto, quod si hoc admittimus, vix est, vt defendi possit Papin. si enim ex rescripto Pij hæredes eorum, qui probabili ex causa absentes hæreditatem sibi delatam non adiuerunt, ad eam adeundam restituuntur, cur Papin. inquit strictò iure non competere in casu, de quo agebat, sed humanitatis gratia? si in omnibus, qui absentes ex probabili causa hoc fuit constitutum, cur non habebit locum in eo, qui absens fuit Reip. causa? nulla vtique causa erat, cur Papin. ad æquitatem confugeret, cum iure strictò vti posset, ne ergo notam hanc acutissimi ingenij Papiniano tribuamus, alia huius text. adferenda est interpretatio.

Ea autem, vt mihi videtur minimè incõmoda erit, si illum versiculum cum antecedenti coniungamus in hunc modum.

Diuum tamen Pium contra constituisse Metianus libro quæstionũ refert in eo, qui legationis causa Romæ erat, & filium, qui matris delatam possessionem absens amiserat, siue respectu eius distinctionis restitutionem locum habere.

Et hoc sensu retento omnia in tex. optimè se se habent, ideò enim humanitatis gratia rescriptum Pij Imperatoris ad illum casum tractum fuit, quia erat constitutio particularis contra regulas iuris, quæ propterea non poterat trahi, in consequentiã *l. quod verò, de legib. §. quod Principi, Inst. de iur. nat.*

Et cum dicit Papinianus, & filium, qui matris delatam possessionem absens amiserat vtitur modo, & figura illa loquendi, quæ apud bonos auctores sæpius in vsu est, cum vnicum verbum duo regit subiecta, quę zeugma dicitur, idem enim verbũ amiserat regit illa verba, *qui matris delatam possessionem, & qui absens filium amiserat.*

Et hic intellectus maximè recipiẽdus est, quia si communis retinetur, nõ video rationem hanc tex. cõcordandi *cum l. 1. C. de restit. milit.* vbi hæres militis in militia defuncti, ita demum ad agnoscendã bonorum possessionem admittitur, si ante mortem militis tempus illam agnoscendi, præterierit ea enim, quæ ad tollendam hanc contrarietatem adferuntur euidenter vana sunt, & ideò non est, cur in illis confutandis tempus conteram.

Hæc est mea de hac re sententia: aliter eam explicat Ant. Fab. *lib. 16. coniectur. c. 1.* cuius rationes non refello, quia ex dictis fieri potest. vide etiam Cuiac. *lib. 6. Respons. Pap. ad d. l. Pannonius,* cuius opinio in aliquibus cum nostra sententia cõcordat.

Trebellianicam an amittat hæres, qui inuentarium non confecit ad §. si verò, Auth. de hæred. & Falcid. *Cap. XIII.*

1 Magna cõtrouersia est inter DD. nunquid hæres, qui non fecit inuentarium Trebellianicam deducere possit, de qua latè agitur *in l. Marcellus, ff. ad Senat. Conf. Trebell. in Auth. sed cum testator, C. ad leg. Falcid.* Lud. Rom. *in Auth. similiter, num. 104. C. eod. tit.* & alij multi de quibus Crauetta *conf. 27.* Roland. *conf. 27. lib. 1.* Ofac. *decis. 147.* Mysing. *Cent. 3. obseru. 60.* Couar. *in cap. Raynutius, §. final. num. 10. de testam.* Andr. Gail. *lib. 2. obseru. 138.* Peregrin. *de fideicommiss. art. 3. num. 73.* Petra *de fideicom. q. 15. num. 157.* D. Facbin. *lib. 4. Controuersia cap. 38.* Lodou. Molin. *de primog. lib. 1. cap. 17. num. 33.*

2 Difficultas consistit in *§. si verò, Auth. de hæred. & Falcid.* dum ait. *Si verò non fecerit inuentarium secundum hanc figuram, sicut prædiximus, non retinebit Falcidiam, sed complebit legatarios, & fideicommissarios, licet pura substantia morientis transcendat mensuram legatorum datio.*

Qui aiunt, Trebellianicam amitti, quod placuit auctoribus statutorum patriæ meæ c. 40. lib. 5. vrgent generalitatem tex. iubentis hæredi, qui inuentariũ non fecit, etiam ex suo satisfacere legatarijs, & fideicommissarijs, absque vllo legis Falcidiæ emolumento, cum enim non distinguat, an sit fideicommissarij particulares, an vniuersales, non licebit nec nobis distinguere.

3 Qui verò eam amitti negant dicunt, tex. intelligendum esse de fideicommissarijs particularibus. Primò, quia loquitur de Falcidia, quæ ad legata, & particularia fideicommissa pertinet, non autem ad fideicommissariam hæreditatem, *l. 1. ff. ad Senat. Conf. Trebell. in princ.*

4 Secundo, quia textus dixit, legata esse soluenda ab hærede, qui non fecit inuentarium, quod vt-

que

que non esset verum, si ageret de fideicommissario vniuersali, cum inter eum, & hæredem onus legatorum diuidatur, *§. sed quia stipulationes, Instit. de fideicom. hæred.*

5 Tertiò, quia Iustinianus *in §. hinc nobis*, profitetur se velle prouidere, ne malignitas hæredis per subtractionem rerum faciat, esse locum Falcidiæ, cui alias non esset, hæc enim ratio non conuenit hæredi rogato hæreditatem restituere, quia hoc casu non est opus vt quartam obtineat, vt res subtrahat hæreditarias.

6 Quartò, quia dicit tex. hoc in casu esse satisfaciendum ex bonis hæredis, quod vtique pertinet ad legata, & fideicommissa particularia, non fideicommissum vniuersale: cum contineat hæreditatis restitutionē, nihil comprehendere potest, quod in hæreditate non adsit.

7 His non obstantibus, verius est textum etiam de fideicommisso vniuersali esse intelligendum, quod, vt dilucidè appareat, in primis perscrutari oportet mentem Iustiniani; quæ qualis fuerit, ipsemet indicat in initio constitutionis, *vers. semper igitur*, quod scilicet vult veterum legum remedia contra hæredes, qui iussa testatoris non adimplent, reparare, & renouare, & tam viuentibus, quam morientibus hunc exhibere honorem, vt modis omnibus eorū voluntas adimpleatur; quapropter profitetur, se effecisse, ne morientes cum anxietate discederent ex hac vita, quippè qui sciunt hac lege factum esse, vt eorum voluntas omninò salua sit.

8 Secundò, animaduertendum puto, hanc esse legem fauorabilem, quia prouidet, ne hæredis malitia hæreditatem exinaniat, & voluntatem defuncti eludere possit, & licet hæredem lucro Falcidiæ priuet, si inuentarium non fecerit, non propterea odiosa censeri debet, cum facillimum sit hęredi inuentarium facere, & ideò si illud omiserit, malignitati suę potius, quam legis acerbitati acceptum ferre debet, vt ipsemet Iustinianus testatur *in §. si verò non fecerit*, inquiens.

Et hoc dicimus non nostram minuenter legem, quàm posuimus, vt nihil de proprio damnificentur hęredes creditoribus, sed dabit eis pęnam exactio suæ malignitatis, cur transcenderint leges, ex quibus cautè omnia agentes, nihil poterant damnificari.

9 Propterea verba Iustiniani generaliter prolata nullo pacto restringi debent ad fideicommissarios particulares, cum hoc pacto relinquatur facultas hæredibus rogatis hæreditatem restituere subtrahendo, & occultando res hæreditarias, voluntatem testatoris violare, & fideicommissarium debita sibi portione priuare, aduersus intentionem Iustiniani, insimulque verba legis maxime vtilis generaliter prolata strictè intelligimus aduersus iuris rationem; quæ vult huiusmodi leges plenius accipi, & interpretatione adiuuari, *l. 4. ff. ad l. Iul. de fund. dotal. l. hoc ita 63. in fine, ff. de cond. & demonstr. l. 1. §. sed in eo, vers. domini appellatione, ibi, quid deinde dicemus. ff. ad Senat. Cons. Sillan.* idque absque vlla necessitate, & vtilitate.

10 Quæ confirmātur ex eo, quòd intentio Iustiniani *in dicto §. si verò*, est remedium præbere illis, ad quorum cautelam mandat inuentarium confici eo casu, quo hæres illud non faceret, ergo comprehendit etiam fideicommissarios vniuersales, cum etiam propter eorum cautelam inuētarium ab hærede fieri mandauerit *in vers. conuocare omnes.*

11 Insuper intentio Imperatoris est, non aliter hæredem consequi lucrum ex hæreditate, & periculum damni euitare, quam si cautè omnia agens legem obseruauerit, quæ iubet inuentarium fieri, vt *in dicto §. si verò, vers. sed dabit ei pœnam*, ergo manifestè eius intentioni aduersantur illi, qui textum ad fideicommissa particularia restringūt, isti enim admittunt hæredem rogatum hæreditatem restituere, qui etiam iussus est inuentarium conficere, *vt in vers. conuocare*, lucrum ex hæreditate percipere, etiam si legis præceptum neglexerit, quæ est animaduersio Couar. *in c. Raynutius, §. fin. num. 10. de testam.* Nec obstant adducta in contrarium.

12 Ad primum enim respondetur, Falcidiæ appellatione etiam designari quartam, quæ ex fideicommissis vniuersalibus deducitur. vide tex. *in l. patrem 19. ff. quæ in fraudem cred. in l. 1. §. denique, in l. ita tamen, §. Trebellianum, l. ex asse 28. l. seq. & l. postulante 44. §. 1. l. si patroni 55. §. si fideicommissariam, l. si eius 64. §. si patronus, l. qui ita 66. ff. ad Senat. Cons. Trebell. l. sicut allegas 11. C. ad leg. Falcid. l. 1. in fin. ff. si aliq. testam. probib. l. Titia, & l. acceptis, ff. ad leg. Falcid. l. cohæredi, §. 1. ff. de vulg. substit.*

13 Ad secundum respondetur, textum non loqui vniuersaliter, sed indefinitè, & ideò debet sano modo intelligi, vt non intelligatur vniuersaliter de omnibus legatis a testatore relictis, sed de illis, quæ secundum regulas iuris ab hærede præstari debent, si enim aliter exponeremus tex. contineret absurditatem, scilicet, legata a fideicommissarijs particularibus, vel legatarijs relicta, iuxta doctrinam glos. *Inst. de sing. reb. per fideicom. rel.* ab hærede, qui non confecit inuentarium, soluenda esse, quod ab omnium sensu abhorret, & ideò tex. non nocet nostræ opinioni, est enim intelligendus de legatis, quę secundum iuris regulas ad hæredem rogatum restituere hæreditatem pertinent, *iuxta dispositionem l. 1. §. si is, qui quadringenta, ad Senat. Cons. Trebell. cum similibus.*

14 Ad tertium respondetur, mentem Iustin. esse prouidere, ne malignitate hæredum voluntas testatoris irrita fiat, & ne illi, quibus res aliquæ a testatore relictę sunt ipsis fraudentur, vt in initio cōstitutionis dilertè dicitur *in vers. sēper igitur.* ideoque non restringit legem, & intentionem eius, id quod dicitur *in d. §. hinc nobis*, de hærede, qui subtrahendo curat facere locum Falcidiæ, quia id ratione frequentioris vsus gratia expositum fuit; ea enim, quæ frequentioris vsus gratia expressa sunt non restringunt legem, iuxta communem nostrorum traditionem, de qua Ias. *in l. 2. num. 12. ff. de vulg. & pupill. subst.*

15 Præterea, vt Corneus, & alij animaduertunt, sępius accidere potest, vt hæres rogatus hęreditatem restituere subtrahendo res hæreditarias faciat locum Trebellianicæ, veluti cum deductis aliquibus rebus restituere hęreditatem rogatus fuit. vide tex. *in l. 1. §. si hæres. ff. ad S.C. Trebell.*

16 Ad quartum respondetur, non dicere tex. fideicommissa excedere vires hæreditatis, sed id tantū

dicit

dicit de legatis, inquiens *licet para fubftantia, morientis tranfcendat mẽfuram legatorum datio*, ex quo Fulgof. Rom. & alij rectè deducunt, Iuftinianum, qui coniunctim de legatis, & fideicommiffis egerat, de folis legatis in hac particula mentionem facere, quia cum generaliter de fideicommiffis loqueretur, necefsè fuit mentionem fideicommifforum in his verbis omittere, quia omnibus fideicõmiffis id, quod dicebat, non poteft conuenire, & ideò argumentum commodè retorquetur.

17 Ex quibus liquidò patet, nihil afferri, cur verba textus generaliter prolata reftringantur ad fideicommiffa particularia, etiam iudicando, nõ folum cũ verfamur in extraneis, fed etiam in liberis primi gradus, quorum caufa in propofito non modò priuilegio digna non videtur, fed longè maiori pœna eos effe plectendos puto, cum ipfi arctiori pietatis vinculo ad obferuandam mẽtem teftatoris teneantur, cuius gratia hæc conftitutio emanauit.

18 Hanc tamen fententiam in eo locum non babere exiftimarem, qui ftatim adit, & reftituit, ita vt nullus fit timor fubtractionis; tunc enim ceffante timore legis abfurdum videtur pœnam irrogare, quæ fententia placuit Hippol. Riminal. *conf.* 156. *num.* 58. *lib.* 2.

Trebellianica annquid bodie a teftatore probiberi poffit ad §. fi verò expreffim, Auth. de hæred. & Falcid. *Cap. XIIII.*

1 NOn poffe prohiberi hodie Trebellianicam cẽ fuerunt Alex. *in l. Marcellus, nu.*8. *ff. ad leg. Falcid.* Alciat. *lib.* 5. *Paradox. cap.* 19. D.Fachin. *lib.*5 *.controaerfiaram,cap.*4. & alij ab bis relati. Prȩterea Forcatul. *in Neciomantia Dial.* 45. Fab. *Decad.*11 *. error.*6. *a num.*3.

2 Moti primò, quia id nullibi cautum reperitur, ergo a legum veterum difpofitione clarè hoc fieri vetantium, *l. fi vt allegas, C. ad l. Falcid.* non debemus difcedere, quod enim non tollitur cur ftare prohibetur? *l. præcipimus, C. de appellat.*

3 Secundò Trebellianica etiã hodie aduerfus voluntatem teftatoris detrahi dicitur *in c. Rainaldus, in fine, de teftam.* ergo a teftatore prohiberi nequit, alioquin ex voluntate eius detraheretur, nam non prohibendo, illam concedere videretur.

4 Nec obftat difpofitio Iuftiniani *in §. fi verò expreffim, Auth. de bæred. & Falcid.* quia loquitur de Falcidia nullum faciens verbum de Trebellianica, ergo eam non comprehendit. Primò, quia lex eft correctoria, quæ folet ftrictè accipi, vt notatur *in Auth. quas actiones, C. de S. S. Eccl.*

5 Secundò, quia diuerfitatis ratio apparet in propofito inter Falcidiam, & Trebellianicam.

Prima, quia hæres rogatus reftituere hæreditatem ex S.C. cogi poteft ad adeundam hæreditatẽ, *l. quia poterat, ff. ad Trebellianum*, quod non eft cautum in hærede grauato legatis, & fideicommiffis particularibus vltra dodrantem, & per confequẽs non debemus deducere argumentum a Falcidia ad Trebellianicam, quia ratio poftulat, vt hæres rogatus hæreditatem reftituere, cum magis grauatis fit, maius commodum fentiat.

6 Secundò, ratio cur lex Falcidia fuerit introducta, eft, ne teftamenta pereant, fi credimus Iuftin. id atteftanti *Inft. de lege Falcid. in princ.* dum ait, *idque ipforum teftatorum gratia prouifum eft ob id, quo plerumque inteftati moriebantur, recufantibus hæredibus fcriptis pro nullo, aut minimo lucro hæreditates adire*, & fic Falcidia in fauorem teftatoris introducta fuit, *at Senatus Confultum Trebellianum* (funt verba Alciati) *non idcirco fcriptum eft, vt hæres adeat, cum poffit cogi, fed ne directè actiones incaffum hæredi, vel contra hæredem competerent*, igitur quamuis de Falcidia aliquid a Iuftiniano mutatũ fit, non fequitur idem effe in Trebelliano, cuius auctoritas diuerfa ratione fubnixa eft, obferuandum.

7 Cõtrariam opinionem frequentiffimè noftri fequuntur, vide DD. *in l. Marcellus, ff. ad Sen. Conf. Trebell. in l. nemo poteft, de legat.* 1. *in Auth. fimiliter, C. ad leg. Falcid. in cap. Rainald. de teftam.* Ant. Gabr. *com. concl. tit. ad Trebell. conclus.* 1. Peregr. *de fideicomm. artic.* 3. *num.* 81. Ludou. Molin. *de primog. Hifpan. lib.* 1. *cap.* 17. *num.* 11.

9 Et hæc opinio verior eft, quod vt oftendam, affero verba Iuftiniani *in d. §. fi verò expreffim* (ait ipfe) *defignauerit non velle hæredẽ retinere Falcidiam, neceffarium eft teftatoris valere fententiam, & aut volentem eum parere teftatori, forfan etiam quędam iuftè, & piè relinquenti, lucrũ non in percipiendo, fed folummodo in piè agendo habentem, & non videri fine lucro effe eiufmodi hæreditatem.*

Hæc verba vi fua continere hæredem rogatum hæreditatem reftituere, non eft dubitandum, cum apud iuris noftri auctores Falcidiæ nomine frequẽtiffimè defignetur, ea quarta, quæ ab huiufmodi hærede detrahitur. vide tex. *in l. fi vt allegas* 11. *C. ad leg. Falcid. in l. patrem* 19. *ff. quæ in fraudem creditorum, in l.* 1. *§. deuique, in l. ita tamen, §. Trebell. ff. ad Sen. Conf. Trebell. in l.* 2. *§. fi fidei, ff. fi quis aliquē teftat. prob.* & in alijs locis in c. antecedenti allegatis num. 12.

10 Itaque tota difputatio dependet, nunquid Falcidia fit hoc loco accipienda ftrictè, an largè, quod nulla alia ratione melius inuenitur, quàm prefcrutando quanam mente Iuftinianus legem hanc ediderit, conftat enim in legibus interpretandis eam interpretationem cæteris effe præferendam, quæ magis apta eft ad adimplendam legiflatoris mentem. Intentio autem Iuftiniani fuit efficere, vt falua fit voluntas teftatoris, ait enim *in verf. fancimus, quoniam tuenda eft nobis vbique deficientium voluntas*, & in hoc ipfo §. id fe quærere oftendit, vt falua fit voluntas teftatoris, dum ait, *Neceffarium eft teftatoris valere fententiam*, ergo Falcidiam ftrictè accipere non debemus, cum hac retenta interpretatione mentem Iuftiniani non adimpleamus, fic enim permittimus hæredi aduerfus voluntatem teftatoris, Trebellianicam deducere.

11 Secundò mens Iuftiniani eft, vt homines ad pietatem homine Chriftiano dignam, excitentur, dũ ait, *lucrum aftimare debere hæredem non in percipiendo res hæreditarias confiftere, fed in piè agendo*, in exequendo fcilicet voluntatem teftatoris abfque vllo pecuniario commodo, ergo non debemus ftrictè verba Iuftiniani accipere, cum alibi traditum fit in dubijs caufis, eam præualere debere interpretationem, quæ pietati fauet.

Tertiò

12 Tertiò Iustinianus loquitur retento themate, de quo suprà egerat *in §. si verò non fecerit*, vt facilè intelliges totum textum perlegendo, ergo cum ibi agat de fideicommissis vniuersalibus, vt in c. antecedenti ostendi, consequens est eum, & hic eisdem terminis vti, & sic Falcidiam largè accipere, non strictè.

13 Quartò ait Iustinianus, eo casu, quo inuentariũ non fuerit factum, & hæres noluerit adire, locum fieri substitutis, fideicommissarijs, legatarijs, &c. secundum modum ab eo suprà expressum, cum ergo supra declarauerit fideicommissarios vniuersales hoc in casu hæreditatem adire posse, *vt in §. etenim legatarijs*, sequitur his verbis eos comprehendere; ergo Iustinianus loquitur, etiam eo casu, quo fideicommissarij vniuersales adiunt, ergo Falcidiã latè accipit, non strictè, & hæc animaduersio est Laderch. *cons. 26. num. 20.* & vt mihi videtur fortissima.

14 Postremò traditum est, leges, quæ magnam afferunt vtilitatem plenius esse accipiendas, interpretationẽque adiuuandas, etiam si sint contra rationem iuris, *l. 4. ff. de fund. dotal. l. hoc ita 63. ff. de cond. & demonstr.* ergo legis huius verba largè accipere nos debemus, cum ipsa magno sit vsui, & commodo Reipublicæ, si credimus Iustiniano id attestanti prope finem, *vers. hæc nos, & vers. quamobrem*, & iure merito; conseruat enim voluntatem moriẽtium, quæ res magnum affert ipsis solatium, & vniuersis vtilitatem.

Non obstant adducta in contrarium.

15 Ad primum enim respondetur satis hoc disertè fuisse constitutum a Iustiniano *in dicto §. si verò expressim* ex ijs, quæ hucusque diximus.

16 Ad secundum respondetur, loqui text. de Falcidia, quæ ex legatis deducitur, non de ea, quæ ex hæreditate: ait enim tex. *saluo nihilominus ei iure institutionis legis Falcidiæ in restitutione præfati legati*, quod animaduertit gl. ibi: deinde etiam si de Trebellianica loqueretur, nihil noceret; nam animaduertendum est, dupliciter eam prohiberi posse expressè scilicet, & tacitè, non omnem tamen prohibitionem admitti, sed eam, quæ expressim facta fuit *in d. §. si verò expressim.*

17 Secundò notandum est, eum, qui ita grauat hæredem, vt apud eum quarta pars non remaneat, tacitè Trebellianicam prohibere, cum enim non aliter restitutio fieri possit eo modo, quo ordinata fuit, quam integrum fideicommissum restituendo, consequens est, eum prohibuisse illud diminui, tacitè ergo Trebellianicam prohibuit; qui enim vult consequens vult omne necessarium antecedens, *l. si id, quod, ff. de iurisd. om. iud.* huiusmodi tamen prohibitio non attenditur, quia cum ex vi verborum non deducatur, expressim facta dici non potest.

18 Dico igitur, non valere consequentiam, non prohibuit Trebellianicam testator expresè, ergo eam concessit, quia ne concessisse dicatur, sat est tacita prohibitio, quæ ex fideicommissi ordinatione deducitur.

At dices. Cur ergo eam non prohibet expressè? Respon. quia errore labitur, putat enim satis esse id, quod fecit ad prohibendam Trebellianicam, vel credit debitam portionem apud hæredem esse, quod magis præsumendum est, quàm quod ipse noluerit integrum fideicommissum præstari, si enim voluit portionem aliquam eius ad hæredem pertinere, cur illam restitui mandat? quæ coniectura ex re ipsa, de qua agitur deducta, vtique est potentior generalibus coniecturis, quæ in contrarium afferri possunt?

19 Ad rationes diuersitatis allegatas inter Falcidiam, & Trebellianicam respondetur, vtramque quartam eadem de causa introductam fuisse. Nam etiam Trebellianica introducta fuit, vt testamentum conseruetur, *quia hæredes scripti qui aut totam hæreditatem, aut pęne totam plerumque restituere rogabantur adire hæreditatem, ob nullum, vel minimum lucrum recusabant, atque ob id extinguebantur fideicommissa, Senatus censuit, vt ei, qui rogatus est hæreditatem restituere perindè liceret quartam partem retinere, atque ex lege Falcidia retinere conceditur.* Sunt verba Iustiniani *in §. sed quia hæredes, Inst. de fideicommiss. hæred.* concordat tex. *in l. quia poterat, ad Trebell.* dum inquit.

Sed quia poterat fieri, vt hæres institutus nollet adire hæreditatem veritus, ne damno afficeretur, prospectum est, vt si fideicommissarius diceret suo periculo adiri, & restitui sibi velle, cogatur hæres institutus adire, & restituere hæreditatem, nec interest soluendo sit hæreditas, nec ne, sufficit enim recusari ab hærede instituto, opinio enim, vel metus, vel color eius, qui noluit adire inspicitur non substantia hæreditatis, nec immeritò, non enim præscribi debet hæredi, cur metuat hæreditatem adire, vel cur nolit, cum variæ sint hominum voluntates, quorundam negotia timentium, quorundam vexationem, quorundam æris alieni cumulum, quorundam offensas, vel inuidiam, ex quibus in-
20 telligimus rationem cur fuerit concessa quarta hæredi rogato hæreditatem restituere, eam fuisse, vt saluum sit fideicommissum, & eandemque esse rationem, quæ in lege Falcidia considerata fuit.

Secundò intelligimus coactionẽ fuisse adinuentam veluti remedium quoddam subsidiarium eo casu, quo hæres præ nimio timore, vel alia de causa hæreditatem adire nolit, vt fideicommissum omninò saluum sit, itaque non potest consistere, quod dicitur ex aduerso ex eo, quòd hæres cogi possit, aliquid amplius eum habere debere, quã habeant hæredes, qui nimis legatis onerati sunt, quia coactio nihil incommodi illi affert, & ideò nec commodum ex ea percipere debet: audi I.C. *l. quia poterat, Nam cum alieno periculo adieris hæreditatem, meritò omni commodo arcebitur*, idq̃ue verissimum esse inde manifestè sequitur, quod si propter hoc haberet aliquid commodi, quòd cogi potest, eo casu, quo cogitur, non amitteret hanc quartam; nam propter quod vnumquodque tale, & illud magis, & tamen certum est, tunc eum non detrahere quartam, *vt in dicta l. quia poterat, & in §. sed quia, in fine, Inst. de fideicom. hæred. in l. quo ad ius publicum, §. qui compulsus, ff. ad Senat. Cons. Trebell.* quia non aliter cogitur, quam si per fideicommissarium omne lucrum, quod amittit, vel damnum, quod sentit ipsi resarciatur, *l. apud Iulianum 11. ad Trebell.* qua ratione factum est, vt a fideicommissario particulari non possit cogi, quia cum actiones in eum non

tran-

tranſeant, damnum, & incommodum hæredi reſarciri non poteſt. vide tex. *in l. nam quo ad ius publicum, §. vlt. ad Trebell.*

21 Neque obſtat, quod obijcit Dominus Fachin. hunc hæredem ſubijci remedio cautionis, quod fragile eſt, & periculoſum, *l. cogi, §. pater filio, in fin. ff. ad Sen. Conſ. Trebell.* quia tex. intelligendus videtur, quando ipſe ſeruus cauet ſine fideiuſſore idoneo, etenim ſi ratio huiuſmodi applicaretur cautioni idoneæ, nunquam hæres cogi poſſet adite, eadem enim ratio, quæ dominum excuſat, & cæteros excuſaret, vt liquet ex dictis, eadem reſponſio accommodari poteſt *l. ſi ita, §. 1. eod. tit.*

An filijs primi gradus Trebellianica prohiberi poſſit ad §. ſi verò expreſsim, Auth. de hæred. & Falcid. *Cap. XV.*

1 FRequentiſſimè dubitatur, an Trebellianica filijs primi gradus prohiberi poſſit, in qua alij aiunt, alij negant, & vtraque opinio magnum habet Doctorum numerum, quos recenſent Lud. Molin. *de primog. Hiſpan. lib. 1. cap. 17. num. 12.* Ant. Gabr. *tit. ad Sen. Conſ. Trebell. concl. 1.* Petrus Ant. a Petra *de fideicom. quæſt. 15. num. 152.* D. Fachin. *lib. 3. conſ. 13. a num. 16.* Peregrin. *de fideicommiſſ. art. 3. num. 107. & ſeq.* Fab. de Anna *conſ. 25. lib. 1.* M. Ant. de Amatis *deciſ. 11.* Sebaſt. Medic. *deciſ. 61.* qui duo poſtremi ſingulos cuiuſcumque opinionis auctores nominatim referunt. De eadem quæſtione agit rurſus D. Fachin. *lib. 11. contr. c. 11.*

2 Huius rei deciſio pendet *ex §. ſi verò expreſſim, Authent. de hæredibus, & Falcidia*, dum conſtituit Falcidiam, & Trebellianicam prohiberi poſſe, nunquid ſcilicet contineat filios, & liberos primi gradus.

3 Negantium fundamentũ in hoc conſiſtit, quod in generali ſermone nõ veniant illi, qui ſunt digni ſpeciali nota, gl. recepta *in rub. C. de ſeruitutibus, & aqua*, & quia lex correctoria generalis nõ continet caſus ſpecialiter deciſos glo. approbata *in l. ſciendum, in princip. ff. qui ſatis dare cog.* & ideò dicunt non eſſe comprehenſos filios *in d. §.* quia in ipſis ius ſpeciale hac in re conſtitutum reperitur *in l. iubemus, C. ad Trebel.* dũ enim Zeno Imperator inquit,

4 *filios modis omnibus detrahere debere Trebellianicã ex corporibus hæreditarijs*, iure quodam præcipuo vult filios Trebellianicam deducere, illa enim verba, *modis omnibus* enixam voluntatem exprimunt, quaſi dicat, verum quidem eſt iure communi omnes hæredes rogatos Trebellianicã deducere, filios tamen rogatos, volumus non ſolum hoc iure, ſed modis omnibus, illam deducere.

5 Secundò cõſtituit Imp. ne pater poſſit efficere, ne filij imputent fructus in Trebellianicam, ergo multo minus permittit facultatem prohibendi eã, cum enim negatur id, quod minus eſt, abſurdum eſſet id concedi, quod eſt plus.

6 His non obſtantibus verior eſt cõtraria opinio, qua etiam ſequuti fuerunt auctores ſtatutorum Foroliuienſium c. 39. lib. 5. & Rota Romana obſeruat, pro qua vrget ratio, qua Imp. vtitur, dum ait, *lucrum non in percipiendo, ſed ſolummodò in piè agendo habentem, & non videri ſine lucro eſſe huiuſmodi hæreditatem*, cum enim hæc ratio magis vrgeat in filijs, quam in cæteris, quia arctiori pietatis vinculo tenentur obſequi voluntati patris, qua ratione licebit nobis ex hac diſpoſitione filios eximere?

7 Maximè, quia Imp. loquitur retento themate, de quo ſuprà egit, vt ex contextu patet, qđ ſcilicet hæres debeat inuentarium conficere ne in poteſtate eius ſit ſurripiendo res hæreditarias eludere voluntatem defuncti, in qua diſpoſitione filios contineri non eſt dubitandum, & ideò omni caret probabilitate, quod Imperator ſi voluiſſet excipere filios, id non expreſſiſſet, cum ſermonis cõtinuatio, & ius rationis ab ipſo adductæ liberos omninò cõtineant, quod argumentum apud eos validiſſimũ erit, qui ſciunt multis verbis Iuſtinianum ſolitum eſſe vti in nouellis conſtitutionibus.

8 Secundò ne dicamus eum filios excipere voluiſſe vrget ratio hæc, ſi intentio eius erat efficere, vt modis omnib. Trebell. filij deducerent, magna dignus eſſet reprebenſione, quippè qui neſciuit prohibere, ne eius voluntas a parentibus eluderetur, quis enim vetat, patrem hæredem filium inſtituere in legitima, in reliqua verò hæreditate extraneum, eũque rogare, vt purè, & abſque Trebellianica integram hæreditatẽ filijs reſtituat? ſic enim fiet, vt filius duarum quartarum detractionem, quã ei DD. etiam ſecundum ius ciuile nouiſſimum indulgent, minimè ſit habiturus.

9 Ad argumentum partis aduerſæ facilè reſpondetur animaduertendo, quod Zeno *in d. l. iubemus*, non inducit in fauorem liberorum, vt ipſis prohiberi nõ poſſit Trebellianica, cum id generale eſſet in omnibus hæredibus, *l. ſi vt allegas, C. ad l. Falc.* ſed ſolum induxit, vt in eam fructus non imputentur, nec etiam ex iuſſu teſtatoris, & ideò filij babẽt ius ſpeciale reſpectu imputationis, reſpectu verò prohibitionis vtuntur iure communi, & per conſequens iſta lex non pertinet ad caſum noſtrum, in quo de imputatione non diſputamus.

10 Ad id, quod dicebatur, Zenonem velle, vt modis omnibus liberi habeant Trebellianicam, Reſponſio ex ipſo tex. colligitur, dum ait, *vt modis omnibus retenta quarta pro auctoritate S. C. Trebelliani non per imputationem redditnum, licet hoc teſtator rogauerit, vel iuſſerit, ſed ex ipſis rebus hæreditarijs deductam reſtituatur*, ex bis enim colligitur Imper. quò ad deductionem pertinet, ſe referri ad auctoritatẽ, & diſpoſitionem S.C. quò verò ad imputationem ius nouum ſtatuere, & per conſequens illa verba *modis omnibus* non explicant præcipuam quandã voluntatem Imp. circa facultatem deducendi Trebellianicam reſpectu filiorum, cum de illis in S.C. particularis mentio non fiat, ſed denotant, vt quocumque in caſu, quo ſecundum S.C. locus eſt deductioni quartæ, eam filij ex corporibus hæreditarijs conſequantur, non autem per imputationem fructuum.

11 Deindè, vt etiam ſatisfaciamus Pragmaticis, quæro ab ipſis, dũ vult Imp. modis omnibus filios conſequi quartam, inducit ne, vt in illis caſibus, in quibus alias non liceat, filij deducant Trebellianicam, an verò rem relinquit in eo ſtatu, in quo erat ante hanc legem? ſi primum reſpondebunt, facilè erit eos redarguere, cum nullus ex interpre-

tibus

tibus, quos ego viderim, afferat in fauorem filiorũ fuisse constitutum ex hac lege, vt possent deducere quartam eo casu, quo alias non licebat, si secundum dixerimus sequitur causam filiorum nihil præcipuum habere circa deductionem, cum ante hanc legem in fauorem eorum nulla appareat lex particularis edita.

12 At dicent ex hoc saltem colligitur, quod si Imperator Zeno cogitasset de hac dubitatione, particularem prohibitionem fecisset in fauorẽ filiorũ, ergo idem est, ac si eã fecisset per not. *in l. tale pactum, §. fin ff. de pact.*

Nihil est; nam vt alia omittam, cum ex iure nouo secundum receptam interpretationẽ duæ quartæ deducantur a filijs, cumque legitima aucta fuerit a Iustiniano, vereor ne Zeno Imperator aliter, ac isti existimant, responsurus fuisset, cuius enim voluntas clara est, vt dodrans tribuatur filio rogato hereditatem restituere, cum dicat, *Sed de ipsis rebus hæreditarijs dodrans restituatur*, & per cõsequens non permisisset, vt in detractionibus dimidia hæreditatis cõsumeretur, vt fit hodie, quoties Trebellianica detrahitur, *c. Raynutius, c. Raynaldus, de testam.*

13 Ad id, quod postremò loco dicebatur, non licere patri, nec hodie efficere, vt fructus imputentur in Trebellianicam. Respondetur, magnum esse discrimen inter vtrumque, quod enim non possit prohiberi Trebellianica pẽdet ex iure veteri, quod fuit correctum, quod verò fructus in eam non imputentur descendit *ex d. l. iubemus*, quæ correcta non fuit: nil mirum ergo si testatori prohibenti Trebellianicam ius vetus nõ obstet, ei verò resistat dispositio *d. l. iubemus*, quoties iubet, fructus in eam imputari, licet enim ei datum fuerit ius, vt eam prohibere possit, nõ tamen fuit permissum, vt quoties illam concedit, modum deducendi a lege præscriptum negligat: sic videmus, patre cui licet ingratum filium exhæredatione ab omni sua hæreditate excludere, debere titulo institutionis legitimã relinquere, quoties hac potestate vti noluerit, *§. aliud quoque capitulum, Auth. vt cum de appellat. cognos.* Ratioque differentiæ hæc est, quia cum pater priuat hæredem Trebellianica, filiumque ingratũ legitima, vtitur facultate a lege sibi data, cum verò alio titulo, quàm institutionis legitimam relinquit, vel iubet fructus imputari in Trebellianicam, non ex legis potestate, sed aduersus legis dispositionem id facit.

14 Concludo igitur hanc opinionem verissimam esse, & dignam, quam in iudicando sequamur, quã etiam tuetur Ant. Fab. *de error. Pragmatic. decad. 11. error. 6. a num. 6.* etiam si in ciuitate dominante visu recepta fuerit contraria sententia, licet videatur secus esse D. Polidor. Rip. *obseru. 399. nume. 6. cum seq.* Ciuitatis enim dominantis consuetudinem eo tantum casu sequi debemus, quo ex iure communi res decidi non potest, quod non accidit in casu nostro. Audi I. C. *in l. de quibus, ff. de legib. De quibus causis scriptis legibus non vtimur, id custodiri oportet, quod moribus, & consuetudine introductum est, et si qua in re hoc defecerit tunc, quod proximum, & consequens ei est, si ne id quidem appareat, tunc ius, quo vrbs Romana vtitur, seruari oportet,* & ibi id notant omnes DD. quos consulas, si placet.

15 Idem existimo esse dicendum, etiam si pluries pro contraria opinione latæ fuerunt sententiæ: scriptum est enim, legibus, non exemplis esse iudicandum. Audi Iustinianum *in l. nemo 13. C. de sent. & interloc. omn. iud. Nemo Iudex, vel Arbiter existimet, neque consultationes, quas non ritè iudicatas esse putauerit sequendum, & multò magis sententias eminentissimorum Præfectorum, vel aliorum Procerum (non enim si quid non benè dirimatur, hoc in aliorũ iudicium vitium extendi oportet, cum non exemplis, sed legibus iudicandum sit) neque si cognitionales sint amplissimæ Præfecturæ, vel alicuius maximi Magistratus prolatæ sententiæ, sed omnes Iudices nostros veritatem, & legum, & Iustitiæ sequi vestigia sancimus.* Et licet rerum iudicatarum magna sit auctoritas, non tamen est tanta, vt eas sequi oporteat, nisi perpetuò ita fuerit iudicatum. Audi I.C. Calistratum *lib. 1. quæst. Nam Imp. noster rescripsit in ambiguitatibus, quæ ex legibus proficiscuntur consuetudinem, aut rerum perpetuò similiter iudicatarum auctoritatem vim legis obtinere, l. nam Imperator, de legib.* ex quo loco facilè intelligis, eorum sententiam nõ esse iuri consonam, qui in hac quæstione, & alijs in causis id sequi iubent, quod semel, iterumvè iudicatum fuerit eo loci, in quo causa disputatur; quibus non prodest nonnullorum opinio, quod consuetudo oriatur ex duabus sententijs, quia hoc intelligitur, si ab ipsis non fuit appellatum, & si ad notitiam Populi deuenerint, cui visum sit in posterum in similibus causis idẽ obseruari. vide Bald. *in d. l. nemo, n. 2. C. de sent. & interloc. omn. iud.* vbi Salicet. in vltima oppositione Bart. *in repet. l. de quibus, num. 17. ff. de legib.* & ea, quæ scripsi lib. 2. c. 11. hæc enim duæ qualitates adeò prædictam opinionem restringunt, vt vix accidere possit casus, in quo verificetur.

Testamentum ad pias causas factum in foro exteriori, An valeat sine testibus ad c. relatum il secondo, de testam. *Cap. XVI.*

1 AN testamentum ad pias causas conscriptum sine testibus, in foro exteriori effectum sortiatur, dubij iuris est: affirmant nonnulli, quos sequuntur Ruin. *cons. 71. num. 18. lib. 3.* Menoch. *cons. 224. nume. 59. lib. 3.* Achil. de Grass. *decis. 1. de testamen.* Rot. *par. 1. diuers. decis. 533. & par. 2. decis. 124. a num. 12.*

2 Contrarium docent alij, cum quibus sentiunt Socin. iun. *cons. 189. a num. 74. lib. 2.* Card. Mant. *lib. 6. de coniect. tit. 3. a num. 9.* alios recenset Crass. *§. testamentum, q. 18. num. 8. vers. contrarium.* Hieron. Ceual. *com. contr. com. q. 136.* eandem sententiam sequitur D. Fachin. *lib. 4. c. 3. vers. quod attinet ad tertium,* vbi addit pro eadem opinione Iacobum Thomingium *q. 3. c. 4.*

3 Primæ opinionis fundamentum duplex est. Primò mouentur ex ijs legibus, quibus parentibus datur facultas testandi inter liberos sine solemnibus, scilicet ex *l. final. C. famil. hercisc. l. hac consultissima, §. ex imperfecto, C. de testam. Auth. de imperf. test.* Recepta enim opinio est, ea, quæ ad fauorem liberorum sancita fuerunt, excepta legitima, ad

pias

pias cauſas trahenda eſſe. vide Rot. Rom. *par. 2. diuerſ. deciſ. 74. a num. 16.*

4 Secundò mouentur ex eo, quod in teſtamentis ad pias cauſas conſcriptis ius gentium ſpectatur, non ius ciuile, *c. Eccleſia S. Mariæ, de conſtit.* ergo hoc teſtamẽtum deſtitutum teſtibus erit validum, nam teſtamentum militis, quòd ſecundum regulas iuriſgentium fit, etiam ſine teſtibus valet, *l. 1. ff. de teſtam. milit. & Inſtit. eod. tit. in princ.*

5 Sed leuia, vt mihi videtur, ſunt hæc argumenta, & ideò contrariæ opinioni adhæreo, quæ probatur diſertè *ex c. relatum, de teſtamen.* vbi Summus Pontifex ſic inquit ſcribens ad quoſdam Iudices. *Relatum eſt, quod cum ad veſtrum examen ſuper relictis Eccleſiæ cauſa deducitur, vos, niſi ſeptem, vel quinque teſtes interuenerint, indè poſtpoſitis iudicare.*

Opinabantur nempè ſolemnia a iure poſitiuo introducta, eſſe etiam neceſſaria in relictis ad pias cauſas, & ideò reſpuebant teſtamenta, quæ pijs cauſis legata, vel fideicommiſſa deferebant, niſi ſeptem, vel quinque teſtibus munita eſſent; hos redarguit Summus Pontifex, & inſtruit quemadmodum has cauſas iudicare oporteat, dicendo.

Mandamus, quatenus aliqua cauſa talis ad veſtrũ fuerit examen deducta, eam ſecundum decretorum ſtatuta tractetis tribus, aut duobus legitimis teſtibus requiſitis, quoniam ſcriptum eſt, in ore duorum, vel trium ſtat omne verbum.

Inſtruit eos, vt dicebam, Summus Põtifex, quẽadmodum has cauſas tractare debeanr, & ait duobus, vel tribus teſtibus eos debere eſſe contentos; exigebãt iſti ſeptem, vel quinque teſtes in bis teſtamentis; & Summus Pontifex iubet, eos duobus teſtibus eſſe contentos, vel tribus, ergo clarum eſt, hæc teſtamenta teſtibus egere.

6 Aliqui dicunt Summum Pontificem non agere de teſtibus neceſſarijs in teſtamento, ſed de teſtibus neceſſarijs, vt conſtet illud eſſe teſtamentum defuncti; quorũ opinio facilè redargui poteſt, conſiderando Summum Pontificem, dum inſtruit hos iudices rationẽ reddere ſuę deciſionis, inquit enim, *quia ſcriptum eſt in ore*, &c. ergo prædicta verba referre oportet ad teſtes in teſtamento neceſſarios, aliàs Pontifex omiſſa dubitatione principali, quæ non leuem patiebatur dubitationem, aliam expoſuiſſet, quæ omni dubitatione carebat.

7 Duę enim hac in re incidũt dubitationes. Prima, quot teſtes in teſtamẽto huiuſmodi neceſſarij ſint. Secunda, ſi nulli requiruntur, quot teſtibus probandum ſit teſtamentum a defuncto fuiſſe confectum. Secunda dubitatio leuis eſt, quia traditum eſt, in ore duorum, vel trium ſtat omne verbum. Prima verò non leuis erat, leges namq́ue exigunt in teſtamentis ad pias cauſas teſtamentarias ſolemnitates, *l. generali 13. verſ. dummodò, C. de Sacroſanct. Eccleſ.* Decreta verò tot ſolemnitates exigere non videntur, & duobus teſtibus eſſe contẽta, non deerat enim cauſa, cur crederent iudices prædicti iura ciuilia attendenda eſſe, quia ad fraudes tollendas facta fuerunt.

8 Addo inſuper alio nomine Summum Pontificem dignum eſſe reprehenſione, ſi ſic textus intelligatur, quia circa huiuſmodi dubitationem, omiſſo eo, quod explicatione egebat, illud expoſuiſſet, quod clarum erat, quot nempe teſtes eſſent tunc neceſſarij. Nam cum quæritur, an ſcriptura, quæ exhibetur, ſit teſtamentum defuncti, non dubitatur, quot teſtibus id debeat probari, non leues autem incidunt dubitationes, quemadmodum teſtes deponere debeant, vt concludenter probent, an ſatis ſit, eos cognoſcere conſuetam rationem ſcribendi defuncti, an neceſſe ſit quod fuerint præſentes, aliæque circa hanc rem oriebantur dubitationes, quas vtique omittere non debebat Summus Pontifex, ſi mens eius fuiſset explicare, quemadmodũ per teſtes, huiuſmodi teſtamentum a defuncto conditum fuiſſe, probari debeat.

9 Alij dicunt, teſtes non exigi ad validitatem teſtamenti, ſed ad probationem, & ideò ſatis eſſe aliundè de veritate conſtare. Sed horum opinioni obſtat, quod Summus Pontifex, poſtquàm propoſuit illorum iudicum opinionem, qui putabant, ſeptem, vel quinque teſtes neceſſarios eſſe pro ſolemnitate huiuſmodi teſtamenti, ait, eos duobus, vel tribus teſtibus contentos eſſe debere, ſi enim ipſe ſentiebat ſine teſtibus teſtamentum illud validum eſſe, debebat dicere, ſatis eſſe, de veritate rei geſtæ conſtare; valdè enim inter ſe hæc differunt, quod eo magis erat faciendum, cum ageret cum illis, qui ſolemnia iuris adhiberi debere in bis teſtamentis putabant; clarè enim, & apertè res eis exponenda erat, vt tergiuerſandi occaſionem non arriperent.

10 Hæc pro noſtra ſententia attuliſſe ſufficiat; ad argumenta partis aduerſę accedamus, & quatenus ad primum ſpectat, dico nullo modo leges prædictas ad piam cauſam transferri poſſe. Nam cum olim non liceret Eccleſijs Chriſtianorum in teſtamentis relinquere, nam nec Idijs ſuis id Gentiles iure ordinario permittebanr, vt eſt apud Vlpian. *in tit. de hæred. inſtit. in fragmentis*, lex Conſtantini *in l. fin. C. famil. erciſcun.* (quæ primò lata fuit de imperfectis parentum teſtamentis) ad fauorem Eccleſiarum trahi non poteſt, quia lata fuit ante *l. 1. C. de Sacroſanct. Eccleſ.* per quam idem Cõſtantinus permiſit Eccleſijs noſtris in teſtamento relinqui, vt ex vtriuſque datis liquet; ex quo etiam ſequitur, neque *l. hac conſultiſſima, §. ex imperfecto, C. de teſtam.* ad pias cauſas transferri poſſe; namq́ue hac lege nihil aliud conſtitutum fuit, quàm vt id, quod Conſtantinus ſanxit, ad marrem, & aſcendentes ex vtroque latere pertineret, ſi credimus Iuſtiniano id atteſtanti *in Authent. de imperfect. teſtam. in princ.*

11 Denique Conſtitutio Iuſtiniani de imperfectis teſtamentis buc trahi non poteſt, nam ibi profitetur eas dubitationes tollere, quæ ex legibus Conſtantini, & Theodoſij oriebantur, dum ait. *Nos enim clara, & aperta omnia conſiſtere volentes (quid enim ſic proprium eſt legum, ſicut claritas?) maxime ſuper defunctorum diſpoſitionibus*, & ex eo manifeſtum ſit, quod nullum verbum de pia cauſa facit; quod vtique non omiſiſſet ſi ad hunc caſum Conſtitutiones transtuliſſet, quis enim ignorat ea, quæ nouè inducit, multis verbis, & cum pręfatione eum exponere ſolere?

Secundò in his omnibus legibus repetita fuit ſępius liberorum mentio non ſine dictionibus taxatiuis,

tiuis, & ideò huc trahi potest id, quod notat Ias. *in l. si constante, nu. 83. ff. solut. matr.* extensionem, cui alias locus esset, tunc cessare, quoties lex aliquam qualitatem sæpius repetijt; cum enim leges prædictæ non semel dixerint, hoc inter solos liberos obtinere, cur nos id ad piam causam trahimus?

12 Tertiò constat, extensioni locum non esse, nisi per omnia eadem ratio locum habeat, vt post alios scripsi libro antecedenti c. 22. num. 11. Et ideò, vt intelligamus, nunquid id in casu nostro locum habere possit, oportet prius intelligere (quod tamen dubij iuris est) in cuius fauorem fuerit introductũ, vt testamentum imperfectum inter liberos factum valeat, parentum ne an filiorum, si enim filiorum gratia id fuerit introductum, euidens ratio est, cur extensioni non sit locus; cum ratio naturalis, quæ facit successores filios *l. cum ratio, ff. de bon. damnat.* pijs causis non possit adaptari.

13 Sed estò in fauorem parentum, quod verius videtur ex scriptis libro antecedenti c. 36. a num. 9. has constitutiones fuisse editas, adhuc tamen extensio reijci debet, nam cum solemnitates fuerint inuentæ, vt falsa testamenta detegantur, *l. fin. C. de fideicom.* non expedit testatori, eius testamentum ad pias causas conscriptum, sine testibus valere; quod verissimum esse non inficiaberis, si animaduertes, sępissimè homines conscribere ea quæ in testamento disponere volunt, meditandi magis, q̃ disponendi gratia, eosque qui testamentum fecerunt, de eo mutando sępius cogitare, & ideò si testamentum valeret sine testibus, accideret non semel, ea quæ disponendi animo conscripta non fuerunt, pro testamento obseruari.

14 Postremò, cum *ex l. generali 13. vers. dummodo, C. de Sacr. Sanct. Eccles.* appareat, iure ciuili testamenta ad pias causas, absque iuris solemnibus non valere, non video, quomodò per extensionem cõtrarium induci possit.

15 Ad id, quod dicebatur ex communi nostrorum opinione, ea quæ ad fauorem liberorum constituta sunt, excepta legitima, ad pias causas pertinere, præterquam quod hoc nullibi probatur, & interpretum auctoritati magis, quam iuris innitur, vt admonet A. Faber. *decade 35. errore. 7. num. 4.* debet intelligi, si materia patiatur extensionem, nec aliquid particulare adsit, quod illam impediat, vt accidit in casu nostro, in quo præter ea quæ dicta sunt, & quæ commemorat Faber, accedit, quod materia hæc, in qua agitur de priuilegio testandi sine solemnibus, non admittit extensionem etiam ex maioritate rationis, etiam si concurrat lata verbi significatio, *l. quod constitutum, ff. de testam. milit.* exposui latè; & hæc quo ad primum argumentũ satis superque dicta sunt.

16 Secundum erat argumentum, in hac materia attendi debere ius gentium, quod non exigit testes in testamento. Respondeo, hoc nullibi probari, quod enim testibus non egeat testamentum militis, ex priuilegio est, & ex constitutionibus Principum. *vide l. 3. ff. de milit. test. & tex. Inst. eod. tit. in princip.*

1 Quodque iure gentium hoc falsum sit, indè liquet, quod plurimæ fuerunt gentes, quæ multis sęculis litterarum notitia caruerunt; hi enim sine testibus non poterant testari; insuper, cum hæc res grauissima sit, & falsitatibus exposita, incredibile est, gentes in hoc consensisse, vt sine testibus valerent vltimę volũtates, cum, hoc admisso, haud difficile esset, falsa conscribi testamenta, multasque alias oriri difficultates, quas supra exposui.

Tandem hoc iure gentium non fuisse constitutum probat tex. *in d. c. relatum*, dum vtitur regula illa, gentium consensu recepta, in ore duorum &c. ad probandum duos testes in hoc testamento satis esse.

Filij per subsequens matrimonium legitimati, An contineantur in substitutione, in qua vocantur filij ex legitimo matrimonio nati. Cap. XVII.

1 CElebris est dubitatio, an legitimati per subsequens matrimonium contineantur in substitutione facta ad fauorem filiorum natorum ex legitimo matrimonio, de qua latè agunt Rol. a Vall. *cons.* 100. *lib.* 2. Bertazzol. *cons. ciuil.* 42. Bursat. *cõs.* 17. & 18. *lib.* 1. Io. Bapt. Laderch. *cons.* 24. Mant. *de coniect. lib.* 11 *tit.* 12. Menoch. *lib.* 4. *præsumpt.* 81. Peregr. *de fideicom. art.* 24. *a num.* 14. D. Fachin. *lib.* 4. *c.* 54. *lib.* 10. *c.* 71.

2 Ego negatiuam sequor, eo quia huic opinioni, & verba fauent, & verisimilis testatoris mens: & quo ad verba pertinet, facilè est id ostendere, quia testator vocat natos ex legitimo matrimonio, ergo excludit legitimatos per subsequens matrimonium; non enim potest dici natus is ex legitimo matrimonio, qui non est natus ex vxore, sed ex cõcubina.

3 Nec nocet quod aliqui aiunt legem præsumere, inter istos fuisse affectionem maritalem ab initio, *l. cum quis, C. de natural. lib.* & legitimationem legis auctoritate trahi ad tempus natiuitatis; quia nihil aliud indè sequitur, quàm præsumendum esse, eos habuisse ab initio animum iustas nuptias contrahendi; & eum de quo agimus fingi natũ ex legitimo matrimonio. Quæ omnia si admittamus, quid vtique sequitur contra nos? aliud enim est habere animum contrahendi matrimonium, aliud contrahere, & aliud est fingi, aliud, natum esse ex legitimo matrimonio.

4 Itaque ex vi verborum filij legitimati non continentur in verbis testatoris vocantis natos ex legitimo matrimonio; non enim is natus est ex legitimo matrimonio, quem lex fingit ex iustis nuptijs fuisse procreatum. Potest quidem lex quò ad iuris effectum facere, vt qui ex concubina natus est, ex vxore natus intelligatur, quò ad rem tamen ipsam non potest hoc facere; non enim legislator facta mutare potest, nec facere, vt quæ concubina erat, vxor esset, & per consequens facere non potest, vt qui ex concubina natus est, ex vxore natus sit?

5 Et licet Iustinianus *in §. fin. Inst. de nupt. in l. cũ quis, in princ. vers. & alios, & in fine legis C. de naturalib. liber.* dicere videatur, hos filios ex legitimo matrimonio natos fuisse, quod argumentum valde vrget Ioan. Bapt. Laderch. *cons. 24. num. 5. & seq.* tamen nihil nobis obstat; nõ enim propterea sequitur, testatorem hunc modum dicendi imitatum fuisse; crassius enim voluntatem suam, pinguique

Minerua teſtatores ſolent explicare *l. non aliter, §. 1. de leg. 3.* experientiaque conuincit, in teſtamentis non verborum elegantiam quæri, ſed perſpicuitatem, ingenſque litium numerus ex teſtamentorum obſcuritate oriens, docuit homines, vt teſtamenta ſua quàm clariſſimè ſcriberēt, & hacque de cauſa notarij verba multiplicant, licet vt plurimum imperitè; itaque monſtro ſimile eſſet, teſtatorem, vel notarium hunc modum loquendi in teſtamento inſeruiſſe; negari enim non poteſt, eū ab vſu loquendi valdè remotum eſſe, ac planè inſolitum.

6 Hucuſque de vi verborum tractauimus; ad mētem veniamus, cum teſtator non filios legitimos, & naturales ſubſtituerit, vt plerumque fieri ſolet, ſed filios ex legitimo matrimonio natos; vtique veriſimile eſt, ex graui aliqua cauſa id eum feciſſe; cumque nulla alia afferri poſſit, quam hæc, quòd odio habet legitimatos, conſequens eſt, eum filios legitimatos excludere voluiſſe, quod omnium ferè conſenſu receptum eſt; omnes enim penè Doctores aiunt, legitimatos per reſcriptum his verbis excludi; quod ſi verum eſt, ſequitur, teſtatorem etiā voluiſſe excludere legitimatos per ſubſequens matrimonium, cum in his eadem excludendi cauſa vigeat, quæ adeſt in alijs legitimatis, immò verò maior.

7 Odioſi ſunt legitimati teſtatori, vt ego reor, duplici ex cauſa, vel propter maculam, quā ex impudicitia matris cōtraxerunt, vel propter peccatum patris, vtrumque autem vitium in legitimatis per ſubſequens matrimonium reperitur. Nam etiam ſi mulier, cum qua quis conſuetudinem habuit, ducatur in vxorem, honeſtaque fiat, non tamen macula, quàm ex impudicitia eius contraxit filius, tollitur; multum enim refert, ex quibus parentibus ortum duxeris, plurimique refert, an mater honeſta fuerit, & proba, *Fortes creantur fortibus, nec imbellem progenerant Aquilę Columbam*, vt cecinit Lyricus poeta; & ideò huic filio ſemper obici poteſt, (vt re ipſa fieri videmus) quod ex impudica muliere natus fuerit, etiam ſi ipſa reſipuerit, & honeſtiſſima facta fuerit, & ideò quò ad hoc nihil differt legitimatus per ſubſequens a legitimato per reſcriptum.

8 Peccatum autem patris magis elucet in filio legitimato per ſubſequens matrimonium, quàm in filio legitimato per reſcriptum; arguit enim diuturnam conſuetudinem patris cum eius matre. Nam homines impudicas mulieres in vxorem ducere nō ſolent, niſi diuturna earum conſuetudine fuerint prius excęcati; filius autem per reſcriptum legitimatus peccatum quidem patris præfefert, ſed non diuturnam cum impudica muliere conſuetudinem.

9 Solent fideicommiſſa inſtitui propter familiæ ſplendorem, ideoque teſtator legitimatos excludit, ne contingeret, eum, qui legitimè natus eſt a legitimato excludi; qui propter maculam ex impudicitia matris cōtractam, cenſetur minus idoneus ad conſeruandum familiæ ſplendorem, quàm ille, qui ex iuſtis nuptijs natus fuerit; ergo noluit teſtator diſtinguere inter legitimatos per ſubſequens, & legitimatos per reſcriptum, cum filij ex iuſtis nuptijs nati magis idonei ſint ad familiæ ſplendorem augendum, quam legitimati per ſubſequens

10 matrimonium, immò veriſimile eſt magis odiſſe teſtatorem iſtos, quam legitimatos per reſcriptū; eis namque acceptum ferri debet, quòd eorum pater, non ſine dedecore eius, ac familiæ, vxorem duxerit concubinam. Audi Iuſtinianum. *Cum enim affectio prioris ſobolis ad dotalia instrumenta efficienda, & poſteriorum filiorum edendam progeniem præſtiterit occaſionem, quod non eſt iniquiſſimum ipſam ſtirpem ſecundæ poſteritatis priorem, quaſi iniuſtam excludere; cum gratias agere patribus ſuis poſteriores debeant, quorum beneficijs ipſi ſunt iuſti filij, & nomē, & ordinem conſecuti.* Hucuſque Iuſtinianus *in l. cū quis, C. de natural. liber.*

11 Excludit pius teſtator legitimatos a fideicommiſſo (ſecundam cauſam excludendi legitimatos nunc capio) vt poſteros a concubinatu alienet, ergo voluit excludere etiam legitimatos per ſubſequens; etenim hoc modo eos a cōcubinatu certius auocat, ipſi enim ſcientes filios ex concubina natos fideicommiſſi incapaces eſſe, vxorem ducent, ne ſucceſſio ad alios transferatur.

Latius hæc explicaui, vt opinionem veriſſimam a calumnijs vendicarem, poneremque in aperto.

Contrariæ igitur partis argumenta aggrediamur, quæ multa ſunt, ſed infirma, & parui momenti.

12 Primo loco dicunt, filios legitimatos exæquari filijs legitimè natis in ſucceſſionibus, tam ab inteſtato, quam ex teſtamento, eoſque verè legitimos eſſe, & in poteſtate parentis, ac ſuos hæredes, *§. reliqui, Auth. quib. mod. nat. effic. ſui, l. nuper, C. de natural. lib. cum ſimil.*

Nihil eſt; nam, vt ante me alij animaduerterūt, hæc ſunt intelligenda, quò ad ſucceſſiones, & alia, quæ ex legis diſpoſitione immediatè dependent; non autem quò ad ea, quæ ex hominis diſpoſitione deſcendunt; omnes enim admittunt, licitum eſſe teſtatori, qui legitimam portionem filijs legitimatis reliquit, differentiam conſtituere inter eos, & filios legitimè natos.

13 Secundò affertur tex. *in l. cum quis, in fine, C. de natural. liber.* dum aſſerit, æquali lance trutinari debere, parique fortuna perfrui filios legitimatos per ſubſequens matrimonium, ac filios, qui poſt cōtractum matrimonium ſuſcepti fuerunt, ergo cum illi ad fideicommiſſum admittantur, & iſti admitti debent.

Reſpondetur, textum loqui de ſucceſſione in bonis parentis inteſtati, vt patet *ex verſiculo, ne poſteriores*, iuncto *verſ. quapropter*, ibi *in huiuſmodi caſibus*, & ideò loquitur reſtrictè ad ſucceſſiones ex legis auctoritate immediatè dependentes, non eſt ergo trahendus ad ſucceſſionem teſtamentariam, in qua conſtat, patri, qui legitimam portionem filijs legitimatis reliquit, licitum eſſe ad libitum diſponere.

14 Tertiò adducitur tex. *in c. innotuit, in fine princ. de elect.* vbi dicitur, Epiſcopos eligendos eſſe eos, qui ex legitimo matrimonio procreati fuerunt; & tamen receptum eſt, eos, qui per ſubſequens matrimonium legitimati fuerunt, in huiuſmodi textus diſpoſitione contineri. vide gloſ. *in c. tanta, qui filij*

ſint

stit legit. & ibi DD. quod constitutione sua elarè determinauit Sixtus V. Pontifex Maximus.

Respondeo, magnam esse differentiam in proposito inter successionem, & Episcopatum; Episcopatus enim defertur, vel electione Capituli, vel Pontificis, & ideò non defertur, nisi præuio diligẽti morum examine, & virtutis eius, qui eligendus est, & ita demum eligitur, cum dignus reperitur tãta dignitate, & per consequens macula ex impudicitia matris contracta non debet considerari, cum ex virtute viri fuerit penitus deleta; econtra verò, cum successio defertur non indagantur mores, sed q̃ritur, an a testatore fuerit vocatus ille, qui ad successionem aspirat; ideoque non possumus nos a vi verborum testatoris recedere; cum ignoremus, an causæ, quæ mouerunt testatorem ad excludendos legitimatos in eo sibi locum vendicent, qui ad successionem anhelat. Nec enim nostrum est iudiciũ morum instituere. Nil mirum ergo, si interpretatio, quam glossa proposuit ad textum, *in c. innotuit,* & DD. receperunt (quæ, vt ingenuè loquar mihi suspecta est) non possit ad verba testatoris applicari; magis enim ex vi rationis huiusmodi expositio sustinetur, quàm ex verborum significatione; vt enim ostendi, & est certissimum hæc verba factum naturale designant, quod suppleri per legem nequit.

15 Quartò adducitur doctrina quædam Bart. *in l. hæredes mei, §. cum ita, ad Trebell.* quod scilicet testator præsumatur se cum legis dispositione conformare, quam nostri communiter admittunt. vide interpretes *in l. Gallus, §. quædam rectè, de lib. & posthum.* hinc enim consequens esse videtur, vt testator voluerit se conformare cum legis dispositione, quæ non constituit differentiam inter legitimatos, & legitimè natos.

Respondeo, nos esse in claris, quod testator noluerit se conformare in hac parte cum legis dispositione, cum vocando filios, ex legitimo matrimonio natos, ostendat se odisse legitimatos, seque velle inter eos, & legitimè natos constituere differentiam, vt supra explicaui; itaque huc satis commodè trahi potest id, quod dicitur *in l. in ijs, ff. de legib. In ijs, quæ cõtra rationem iuris constituta sunt non possumus sequi regulam iuris.*

16 Nec dicas, non esse clarum, omnes legitimatos eum excludere voluisse, & per consequens, vt minus videatur testator recedere a regula iuris, credendum est, eum noluisse excludere legitimatos per subsequens matrimonium. Quoniam respondeo, ex natura dispositionis, & ex verbis, quibus vsus fuit, id deducendum esse, non ex dispositione legis, a qua voluisse eum recedere clarum est, non enim regulam iuris sequi possumus in explicanda mente eius, qui a prædicta regula recedere voluit, arg. *l. in his 15. ff. de legibus.*

17 Secundò respondeo, & hæc planior responsio est, hanc præsumptionem esse regulariter bonam, sed tamen ab ea recedimus ex alijs fortioribus cõiecturis. vide Camill. Gali. *de verb. signific. lib. 10. cap. 10. nu. 9. vers. quamobrem,* prout accidit in alijs præsumptionibus, vna enim aliam excludit, vt notum est. Propterea in casu nostro dico, hanc coniecturam non esse attendendam, cum vrgentiores coniecturæ in contrariam partem nos trahant, & in primis vis verborum, quæ in proposito tantũmo menti est, vt ita demum præsumatur testator se conformare cum legis dispositione, quoties vis verborum id patitur. vide Camill. Gal. *d. cap. num. 3. & cap. 11. num. 3.* Card. Mant. *lib. 8. tit. 18. nu. 34. vers. sed hanc.*

Concurrunt etiam alia, quæ pro nostra opinione proposui, quæ cum deducta sint ex facti ipsius circumstantijs, & coniuncta sint cum verborum significatione, procul dubio magis vrgent, quam dicta coniectura, quæ ex generalibus regulis desumpta est, quorum abusus in conijcienda testatoris voluntate, testamenta in magnum discrimen vocat, vt experientia docet.

18 Quintò loco dicunt aduersarij, hanc legitimationem esse fauorabilem, quia liberat homines a peccato; & ideò verisimile esse, voluisse testatorẽ in hac parte cum intentione legislatoris concordare, vt facilius successores suos a concubinatu reuocaret.

Respondeo, idem quærere testatorẽ, quod quærit legislator, vt scilicet successores suos a concubinis auertat, & ad legitimas nuptias traducat, cum tamen alia media elegisse ad hoc consequendum, quàm fecerit legislator, quia per illa facilius putauit, se voti compotem futurum esse, & quidem rectissimè, vt enim num. 1 1. ostendi, facilius a concubinatu retrahuntur si filij legitimati per subsequẽs matrimonium excluduntur a successione, quàm si admittantur.

19 Sextò adducitur, quòd substitutio facta ad fauorem filiorum legitimorum, & naturalium cõtinet legitimatos *l. generaliter, §. cum autem, C. de instit. & substit.* ergo, & in substitutione, de qua agimus, legitimati continebuntur, sicut enim is, qui vocat in testamento filios legitimos, & naturales ob exæquationem factam inter legitimos, & legitimatos aduersus significationem propriam, & strictã verborum etiam legitimatos vocare intelligitur; ita & is, qui vocat filios ex legitimo matrimonio natos, & legitimatos per subsequens comprehendere videtur, sic arguit Laderch. *d. consil. 24. numero 30.*

Respõdeo latum esse inter has substitutiones discrimen, legitimati enim verè, & propriè filij legitimi sunt, & naturales; naturales, quia ex semine illorum procreati fuerunt; legitimi, quia eos tales facit lex: nulli enim dubium est, ipsis potuisse legem iura legitimorum filiorum indulgere, & legitimos facere verè, & propriè, cum hoc a lege positiua fuerit introductum, non a lege naturæ. vide tex. *in Auth. quib. mod. natur. effic. legit. §. si quis, vers. liceat, & in Auth. quib. mod. natur. effici sui. §. natura siquidem,* contra verò non potest facere, vt nati sint ex legitimo matrimonio, qui ex concubinatu nati sunt, cum hoc in facto naturali consistat, quod lex immutare nequit; tũc ergo verba testatoris verificantur in filijs legitimatis, hic verò nequaquam, quod ergo tunc obseruatur ad rem nostram trahi non potest.

Conditio ſi ſine liberis deceſſerit in teſtamentis poſita, an contineat filios naturales ad l. ex facto, §. ſi quis rogatus il primo, ad Senat. Conſ. Trebellian. *Cap. XVIII.*

1 NObilis eſt controuerſia, an filiorum, vel liberorũ appellatione contineantur filij naturales in legatis, & fideicommiſſis, &, vt mihi videtur, erudito, & acutiſſimo ingenio digna eſt, in qua & veteres I.C. & noſtri interpretes varias habuerunt ſentẽtias. De hac re agunt DD. *in l. ex facto, §. ſi quis rogatus il 1. ff. ad Sen. Conſ. Trebell. in c. in præſentia, de probat.* Card. Paleot. *de noth. & ſpur. c. 37.* & alij plurimi, de quibus Iac. Menoch. *lib. 4. præſumpt. 78.* Card. Mant. *lib. 10. tit. 9.* M. Ant. Peregr. *de fideicommiſſ. art. 28. nnum. 44.* D. Fachin. *lib. 4. c. 52.*

2 Non recenſebo hic ea, quæ ab alijs adducta, & propoſita fuere, nec enim id ſtudioſis expedire puto, cum alij id fecerint diligenter, ſed quid mihi in mentem venerit, breuiter exponam. Totam hanc controuerſiam determinandam eſſe puto *ex l. ex facto, §. ſi quis rogatus il primo, ff. ad Sen. Conſ. Trebell.* vbi proponitur Vlp. ſententia hac de re; verba eius hæc ſunt.

Si quis rogatus fuerit, vt ſi ſine liberis deceſſerit, reſtituat hæreditatem, Papinianus lib. 8. reſponſorum ſcribit, etiam naturalem filium efficere, vt deficiat conditio, & in libertino eodemque colliberto hoc ſcribit. Refert Vlp. ſentẽtiam Papiniani, qui conſtituebat regulam liberorum appellatione naturales contineri, & ideò ſecundum Papiniani ſententiam, habent intentionem fundatam naturales filij in vi verborum, qui itaque dicit eos non contineri in huiuſmodi conditione, debet probare contrariam voluntatem teſtatoris, ſatis enim eſt, vim verborum pro ſe habere *l. non aliter, de leg. 3.*

3 Hæc tamen ſententia non placet Vlpiano hoc in loco, & ideò ſubdit hæc verba. *Mihi autem, quo ad naturales liberos attinet, voluntatis quæſtio videtur eſſe, de qualibus liberis teſtator ſenſerit, ſed hoc ex dignitate, & voluntate eius qui fideicommiſit, accipiendum eſt:* inter ſe pugnant quæſtionem voluntatis eſſe, an naturalis filij in hac conditione contineantur, & ipſis ex vi verborum habere intentionem fundatam, nam quæſtio voluntatis æſtimationi iudicis remittitur *l. 7. C. de fideicommiſ.* vis autem verborum ſatis eſt ad fundandam intẽtionem eius, in cuius fauorem tendunt *l. non aliter, l. ille aut ille,*

4 *de leg. 3.* Papinianique ſententiam ab Vlp. non probari clarè indicant illa verba aduerſatiua, *mihi verò*, necnon illa verba, *ſed hoc ex dignitate, & voluntate eius, qui fideicommiſit accipiendum eſt;* cum enim Papin. indiſtinctè firmet regulam pro naturalibus, vtique in hac quæſtione putauit, ſatis eis eſſe vim verborum, neque exiſtimauit eſſe reſpiciendam dignitatem teſtatoris, vel eius voluntatem, quia aliàs inſulsè nimis regulam ad fauorem naturalium conſtituiſſet, non enim regulariter verum eſt, voluntatem, & dignitatem teſtatoris fauere naturalibus, niſi voluntatem ex vi verborum deducamus.

5 Differunt ergo Vlpianus, & Papinianus in hac re. Papinianus putat ſatis eſſe naturalibus liberis vim verborum, Vlpianus verò id ſufficere negat, ſed voluntatis quæſtionem hanc eſse contendit, & per conſequens putat Papinianus non eſſe neceſsè naturalibus liberis docere de voluntate teſtatoris, Vlpianus verò contra de hoc apparere debere contendit.

6 Hinc faciliè eſt agnoſcere manum compilatorũ *in l. cum pater 79. §. volo, de leg. 2.* vbi ex lib. 8. reſponſ. Papin. refertur illud idem reſponſum, de quo hic mentionem facit Vlpianus in hæc verba.

Volo prædia dari libertis meis: quòd ſi quis eorum ſine liberis vita deceſſerit, partes eorum ad reliquos pertinere volo: Colibertum partis, eundemque filium ex voluntate ſubſtitutionem excludere placuit.

Illa enim verba *ex voluntate*, addita fuerunt a compilatoribus, ne ſententia Papiniani aduerſaretur ſententiæ Vlpiani loco allegato, quam ipſi meliorem exiſtimarunt. Si enim Papinianus non ſimpliciter libertos admittebat, ſed ex voluntate, cur Vlpianus eius ſententiam referens, nullam voluntatis, quæ totam hanc rem regebat, mentionem facit? cur dicit, Mihi verò, &c. quaſi defferant inter ſe, quod naturales filij ex voluntate teſtatoris admittantur, vel quod quæſtio voluntatis ſit, an in huiuſmodi diſpoſitione contineantur?

7 Eandem compilatorum manum facilè eſt detegere *in l. fin. ff. de iure deliberandi*: ibi proponitur hęc facti ſpecies. *Qui filium libertinum habebat, hæredem eum inſtituit: deindè ita ſcripſerat: ſi mihi nullus filius erit, qui in ſuam tutelam veniat. Tunc Duma ſeruus liber eſto: ei filius libertinus erat, quærebatur ſi Duma liber eſſet.* Refertque Iauolenus duas, eaſque contrarias ſententias Trebatij, & Labeonis. Opinio autem Trebatij his verbis exponitur. Treba. *negat: quia filij appellatione libertinus continetur.* Putabat ergo Trebatius conditionem non defeciſſe, quia teſtator habebat filium libertinum, qui poterat fieri pubes, & hoc erat ſatis ad excludendum ſeruum, quia appellatione filij libertinus contineretur.

8 Contra Labeo dicebat, conditionem defeciſſe, *quia eo in loco verum filium accipi oportet.* Non id dicit Labeo motus ex mente teſtatoris, quia nulla circunſtantia proponitur teſtatorem de verò filio ſenſiſse, licet enim particularem mentionem de filio, quem habebat, non fecerit, non propterea de eo non cogitauiſse dicendum eſt, quia cum ſperaret, ſe alios liberos ſuſcipere, voluit omnes comprehendere, & ideò dixit, *Si mihi nullus filius erit.* Itaque Labeo hoc aſserit, quia apud Romanos veri filij non cenſebantur illi, qui ex iuſtis nuptijs non erant nati, *l. filium definimus, ff. de his, qui ſunt ſui vel alien. iur.* & ideò apud eos appellatione filij in dubio veniebat is, qui verus filius eſt, non libertinus, & hoc eſt, quod I.C. inſinuat illis verbis, *Quia eo in loco verum filium accipi oportet.*

9 Inter has contrarias opiniones ſuam interponit Iauolenus ſententiam, & ait, *Trebatij ſententiam probo, ſi tamen teſtatorem de hoc filio locutum fuiſſe appareret*, dico illa verba, *ſi tamen teſtatorem de hoc filio locutum fuiſſe appareret* a compilatoribus adiecta fuiſſe, ne opinio Iauoleni approbantis Trebatij ſententiam repugnaret Vlpiano. Indicium autem huius rei ſatis clarum eſt, quòd tota diſputatio inter Trebatium, & Labeonem ex vi verborum deſcendebat,

ſcendebat,

ſcendebat, nullus enim eorum ambigere poterat, quin ſuppoſita voluntate teſtatoris libertinus contineretur, & ideò I. C. nec propoſitæ quæſtioni opportunè reſpondiſſet, nec rectè dixiſſet, ſe Trebatij opinionem ſequi ſi dicta verba appoſuiſſet, quia cum de voluntate conſtat, non magis Trebatij hæc opinio eſt, quam Labeonis: & cum Trebatius ſolam vim verborum ſufficere putent vtique Iauolenus, dum libertini partes tenet, non ſimpliciter, ſed cum de voluntate teſtatoris apparet, non Trebatij opinionem ſecutus fuiſſet, ſed potius Labeonis. Aduerte autem non fuiſſe expreſſum ad quem ſpectaret onus probandæ voluntatis, ne diſcordaret a ſententia Vlpiani dicentis, hanc eſſe quæſtionem voluntatis. Tunc enim quæſtio voluntatis eſſe dicitur, cum res ambigua, & in neutram partē terminata eſt, ſed tota dependet ex Iudicentis religione, *l. 7. C. de fideicom.* & ideò cū ad aliquē probatio voluntatis pertinet, non amplius quæſtio voluntatis eſt, quia is, aduerſus quem voluntas teſtatoris allegatur, haberet intentionem fundatam, & ideò vincere debet, niſi de voluntate plenè altera pars doceat, *l. quamuis, C. de imp. & alijs ſubſt. l. licet Imp. de leg.* 1. *l. non aliter, de leg.* 3. *cum ſimilib.*

10 Vt ergo compilatores reſponſum Papiniani, & opinionem Iauoleni conformem redderent ſententię Vlpiani, prædicta verba, ex auctoritate ſibi a Iuſtiniano data, addiderunt; non meminerunt tamen huius cautionis *in l. Lucius, §. fin. ff. de leg.* 2. vbi cum ageretur, an appellatione filiorum naturales continerentur in diſpoſitione teſtatoris fideicommittentis, & Sceuola reſpondiſſet *ex his, quæ proponerentur probari Pamphilam duntaxat ex teſtamento ſuperiore fideicommiſſum petere poſſe*, ſubiungitur nora Claudi in hæc verba, *quia creditur appellatione filiorum, & naturales liberos, idest in ſeruitute conceptos, contineri*. Cum enim Claudius reddat rationem Reſponſi Sceuolæ, quia filiorum appellatione naturales continentur, manifeſtum eſt, Reſponſum Sceuolæ non in præſumpta voluntate, fundatam eſſe, ſed in vi verborum, alias omiſſa ratione vera, aliā, quę a Sceuola non fuit conſiderata, attuliſſet. Manifeſtum eſt ergo putare Claudium ſatis eſſe, vt hi filij in fideicommiſſis contineantur, in quibus ſit mentio filiorum, vim, & ſignificationem verborum, quo nihil magis contra Vlpiani ſententiam afferri poteſt, & contra mentem compilatorum.

Scio, varias afferri a noſtris explicationes, ſed cum ex dictis refellantur, eas referre ſuperſedeo, dico autem de hoc Reſponſo non eſſe curandum, cū appareat, eum excidiſſe è manibus compilatorum, eoſque Vlpiani ſententiam probauiſſe.

11 His expoſitis. Primò, videndum eſt, quinam filij apud Vlpianum naturales filij nuncupentur. Secundò, qua ratione nitatur hæc ſententia. Tertiò, quemadmodum ad praxim deducenda ſit.

Quò ad primum pertinet, exiſtimo Vlpianum loqui de filijs natis in ſeruitute, hi enim naturales filij apud I.C. veteres appellantur, *vt in l. Lucius, §. vltimo, de leg. 2. & l. denique 8. ff. de pignor.*

Eos enim, qui ex concubinis nati erant, veteres Romani negligebant veluti alienigenum aliquid, & omnino alienum a Republica, teſte Iuſtin. *in Auth. quemadm. nat. effic. ſui, in principio.*

12 Et ideò non eſt admittendum id Vlpianum in hoc textu conſtituere differentiam inter filios natos in ſeruitute in figura matrimonij, & illos qui ex concubinis orti fuerunt. Nam horum opinionem redarguit clarè auctoritas compilatorum, qui *in l. cum pater, §. volo, de leg. 2. & in l. final. ff. de iur. delib.* declarauerunt filiorum appellatione eos, qui in ſeruitute concepti fuerunt, non ſimpliciter contineri, ſed ex voluntate teſtatoris.

13 Nec prædictis refragantur illa verba Vlpiani, *mihi autem quod ad naturales liberos attinet, voluntatis quæſtio videtur eſſe*, non enim hæc verba prolata fuerunt ad diſtinguendos filios natos in ſeruitute ab illis, qui ex concubina ſuſcepti fuerunt, ſed ad oſtendendam Papiniani opinionem, quæ ſic propoſita fuerat, *etiam naturalem filium efficere, vt conditio deficiat* indiſtinctè reprobari repetendo eundemmet terminum, cuius ſit mentio in verbis, in quibus refertur opinio Papiniani.

14 At dices, immò Vlp. videtur inter iſtos filios facere differētiam, cum inquit, *& in libertino, eodemque colliberto loquitur*, ſi enim hi filij pari paſſu ambularent, gratis verba prædicta expreſſa fuerunt.

Ego, vt ingenuè fatear, quod ſentio, puto hæc verba a compilatoribus adiecta fuiſſe. Motus ex eo, quòd ſcribit Iuſtin. *in d. Auth. quib. mod. natur. efficiantur ſui, in princ.* ſcilicet veteres Romanos ante Conſtantinum Magnum ſolitos fuiſſe adeò negligere filios ex concubinis natos, vt eos velut quid alienigenum, & a Republica alienum exiſtimarent; ſi enim hoc verum eſt, magna erat differentia inter filios in ſeruitute natos, & eos, qui ex concubinis ſuſcepti fuerant, hos enim negligebāt, illos verò nequaquā. Quomodò ergo Vlpianus ex Reſponſo Papiniani, quod de filio nato in ſeruitute agit, colligit Papin. ſenſiſſe, filios omnes naturales efficere, vt deficiat cōditio, ſi ſine filijs? nullum huius rei, vel leue indicium ex verbis Papiniani colligi poteſt, quare, vel eſt dicendum, verba h̄moi addita fuiſſe a compilatoribus, vel Vlp. mentem Papiniani non percepiſſe, quod non videtur aſſerendum, cum non deſit ratio, cur hæc verba a compilatoribus addita fuerint, vt nu. 16. expoſui.

15 Vtque oſtendam opinionem Vlpiani eſſe intelligendam de filijs natis in ſeruitute, non autem de filijs ex concubina ſuſceptis, illud repeto, quod paulò ante dixi, Romanos veteres ſolitos fuiſſe filios ex concubina natos negligere, ergo male Vlpianus diceret reſpectu horum filiorum voluntatis quæſtionem eſſe, cum enim morientium voluntatem ex viuorum deſiderijs colligamus, *l. 4. in princip. C. de natur. lib.* vtique viuentiū conſuetudo hos filios ſpernendi ſatis ſuperque oſtendebat, voluntatem defuncti, vt plurimum aduerſam eſſe ab huiuſmodi filijs, ideòque conſtituenda erat regula contra ipſos, nec debebat hæc res veluti regulariter dubia, iudicis religioni relinqui.

Vlpianus ergo concludit, quæſtionem eſſe voluntatis, an filij in ſeruitute concepti efficiant, vt conditio, ſi ſine liberis, deficiat.

16 Sed nunquid idem dicendum ſit in filijs ex concubina natis? & ex mente Vlp. id dici non poteſt, ex mente autem compilatorum idem dicendum eſſe exiſtimo.

Ideò enim compilatores verba illa, & in libertino, eodemque colliberto hoc ſcribit, adiecerunt, vt dictum Vlpiani ad mores eorum temporum accommodarent. Cœperant enim filij ex concubina nati a parentibus recipi, cœperátque leges illis fauere, vt ex conſtitutionibus relatis *in C. ſub tit. de nat. lib.* liquet, & per conſequens ceſſabat cauſa, propterquam differentia conſtituenda fuit ab Vlpiano inter hos filios, & illos, qui in ſeruitute concepti fuerunt, & ideò, vt darent compilatores anſam intelligendi dictum Vlp. de omnibus liberis, dicta verba appoſuerunt.

Ex mente ergo compilatorum Vlp. ſententia ad filios ex concubina natos eſt trahenda.

17 Nunc explicare oportet, qua ratione motus fuerit Vlp. ad dicendum, quæſtionem eſſe voluntatis, an filij naturales filiorum appellatione contineantur; hoc autem petendum eſſe exiſtimo *ex l. filium diffinimus, ff. de hit, qui ſunt ſui, vel alien. iur.* dum ait, *filium diffinimus eum, qui ex vxore, & marito natus eſt.* nota modum illum loquendi *diffinimur* appoſitum fuiſſe, vt oſtendat I. C. ſe loqui ſecundum opinionem, & vſum Romanorum, apud quos filius exiſtimabatur ille, qui ex vxore, & viro natus erat; & per conſequens filius in ſeruitute conceptus ſecundum morem, & conſuetudinem Romanorum non erit cenſendus filius, quia ſecundum ius Rom. matrimonium non eſt, niſi inter ciues Roma. vt teſtatur Iuſtin. *in Inſtit. de nupt. in principio,* & eſt exploratum, qua de cauſa filius in ſeruitute natus cõtradiſtinguitur a vero filio *in l. fin. ff. de iur. delib.*

18 Eadem de cauſa factum eſt, vt I. C. tractans de edicto Prætoris vetantis, parentes vocari in ius ſine venia, quod fundatum eſt in reuerentia, quam debent filij parentibus, *l. 13. ff. de in iur vocand.* quærendo an pertineret ad filios in ſeruitute conceptos, non audet id ſine auctoritate aſſerere, ſic enim ait, *parentes etiam eos Labeo exiſtimat, qui in ſeruitute ſuſceperunt*, quod euidens ſignum eſt, hãc rem exploratam apud eum non fuiſſe, ſed dubitatione non carere, neque enim mos fuit veteribus I. C. in rebus exploratis aliorum auctoritate vti, dubitatio autem aliundè non oriebatur, quam ex vſu Romanorum, qui filios accipiebant eos, qui ex vxore, & marito nati fuerant.

19 Vtus ergo loquendi Romanorum contra naturales filios vrgebat, per illis verò pugnabat, quod verè liberi ſunt, necnon multorum conſuetudo, qui filios huiuſmodi caros habebant, & diligere conſueuerant, itaque res ambigua erat: dubitari enim poterat, nunquid teſtator cum vſu loquendi Romanorum ſecutus fuiſſet, an verò ex illis fuerit, qui liberos huiuſmodi caros habebant.

Et quia hinc inde plurimum coniecturæ vrgebant, non poterat dijudicari, quæ potentiores eſſent, niſi ex circunſtantijs perſonæ, loci, & temporis, propterea I. C. nec pro filijs naturalibus regulam conſtituit, nec contra eos, ſed ait, quæſtionem eſſe voluntatis, hoc eſt iudicem æſtimare debere, quid veriſimilius ſit, teſtatorem voluiſſe.

20 Ne putes tamen, alteram ex bis partibus onere probationis grauari, quia amplius non eſſet quæſtio voluntatis, regula enim tunc conſtituta eſſet aduerſus eum, qui probare debet; ſed vtraque pars debet ea proponere, quæ ſibi fauere exiſtimat, quibus propoſitis, iudex ſecundum mentem teſtatoris ſententiam proferret.

21 Hinc intelligere poſſumus rectiſſimè compilatores applicauiſſe hanc ſententiam ad filios ex cõcubina ſuſceptos, eadem enim prorſus ratio vigebat in bis, quæ obtinebat in filijs in ſeruitute cõceptis. Mutatis enim moribus, & legibus latis, quibus ſtatus filiorum ex concubinis natorum adiuuabatur, multi cœperunt hos filios caros habere: indiſtinctè etiam filiorum nomine appellari cœperunt, vt liquet ex conſtitutionibus relatis *in C. ſub tit. de natur. lib.* Alijs tamen hanc opinionem improbantibus, illis ſcilicet, quib. mores magis integri erãt, & quorum conditioni dedecus afferebat huiuſmodi filios diligere. Propterea non poterat cuncta regula conſtitui, nec pro huiuſmodi filijs, nec contra eos, cum ex opinione teſtatoris penderet, & ex cõditione eius, an eos filiorum appellatione in ſuo teſtamento comprehendiſſet; rectiſſimè igitur compilatores idem obſeruandum eſſe exiſtimarunt, qđ Vlpianus obſeruari debere in filijs in ſeruitute conceptis prædicto in loco arbitratus fuit.

22 Ex bis etiam intelligimus, rectiſſimè ſentire eos, qui dicunt idem eſſe obſeruandum in filijs, non ex concubina natis, ſed ex ſoluto, & ſoluta, (non quidem ex mente compilatorum, vel Vlpiani) ſed ex iuris ratione. Cum enim homines huius temporis non conſtituant differentiam inter iſtos, & illos, qui ex concubina nati ſunt, vtique ea ratio, quæ in natis ex concubina facit, vt quæſtio ſit voluntatis, efficere debet, vt idem in bis obſeruandum ſit. Namque hic agimus de interpretanda mente defuncti, quæ ex patriæ moribus colligitur, & per conſequens, ſicut rem dubiam reddit varia hominum conſuetudo diligendi, vel ſpernendi filios ex concubina natos, ita in caſu noſtro debet incertam reddere mẽtem teſtatoris varia hominum conſuetudo ſpernendi, vel diligendi filios, de quibus agimus.

23 Poſtremò loco explicandum eſt, quemadmodũ hæc opinio Vlpiani ad praxim redigi debeat, ex dictis autem colligitur, debere eum, qui ius filiorũ naturalium fouet oſtendere teſtatorem ex illis fuiſſe, quia filiorum naturaliũ nomine non abhorrent, contra verò alia pars docebit, teſtatorem cum illis ſenſiſſe, qui filios huiuſmodi ſpernunt, vel ei dedecori fuiſſe filiorum huiuſmodi curã habere, quod eſt illud, quod indicat Vlpianus, *ſed hoc ex dignitate, & voluntate eius, qui fideicommiſit, accipiendum eſt.* Argumentis autem inde propoſitis diligenter perpenſis, iudex eam partem eligere debebit, quã menti teſtatoris magis conſonam exiſtimauerit, *iuxta l. 7. C. de fideicommiſſ.*

Non ergo ſatis erit docere, teſtatori non fuiſſe dedecori filium naturalem diligere, quia non inde ſequitur, ergo ex illis fuit, qui filios naturales diligendos eſſe ſentiũt, maximè ſi accedat aliqua alia coniectura contra filium naturalem. Veluti, cum quis mulieri extraneæ relinquit aliquid, & rogat eam reſtituere, ſi ſine filijs deceſſerit, tunc enim aliud accedit, cur inueriſimile ſit, teſtatorem de his filijs ſenſiſſe, quod ſcilicet non ſoleant homines de mulieribus, quas beneuolẽtia proſecuntur, res adeo

igno-

ignominiosas suspicari, cuiusmodi est, ipsam filios
24 naturales suscipere, & alere; & his accedit, homines curare solere diligenter vt dignitati eorum, quos diligunt, consulant, propterea verisimile est, testatorē, si suspicatus fuisset de hac re, quod ademisset legatum, si honestè mulier non vixisset, vt eam ab inhonesta vita retraheret, atque ita rectissimè opinati fuerunt Card. Mantic. *lib.* 11. *tit.* 9. *num.* 16. Menoch. *lib.* 4. *præsumpt.* 78. *num.* 60. post alios, quos referunt, quibus assentiendum est etiam si contrarium sentiant alij, quos sequitur Peregr. *de fideicomm. art.* 28. *num.* 48. quorum fundamentum ex dictis sublarum est. Quòd si mulier ex honesta familia nata esset, res explorata mihi videtur, cum enim perrarò accidat, mulieres huiusmodi suscipere, & alere filios naturales, inuerisimile est de hoc casu eum cogitauisse, & ideò dici nō potest, eum vocauisse huiusmodi filios naturales, *l. si quis ita, §. cum ita, ff. de testam. tutel.*

Area legata, an ædificium medio tempore impositum debeatur legatario ad l. si areæ, de leg. 2. & ad l. si chorus, §. area, de leg. 3. *Cap. XIX.*

1 CVm testator legauit aream, si deindè medio tempore in ea impositum fuerit ædificium, an illud ad legatarium pertineat, iuris nostri auctores concordare non videntur.

Papinianus enim legatario fauet his verbis. *Si areæ legatæ post testamentum factum ædificium impositum est, vtrumque debebitur, & solum, & superficies, l. si areæ, ff. de leg.* 2.

Eiusdem sententiæ fuisse videtur Vlp. lib. 22. ad Sabin. dum dixit. *Si area legata domus imposita sit, debebitur legatario, nisi testator mutauerit voluntatē, l. seruum filij, ff. de leg.* 1.

Contra verò videtur sentire Celsus, & idē Vlp. Celsus sic de hac re scripsit, *area legata si inædificata medio tempore fuerit, ac rursus area sit, quamquàm tunc peti non poterat, nunc tamen debebitur, l. si chorus, §. area, ff. de leg.* 3.

Vlp. autem lib. 8. ad Sab. inquit. *Si area vsusfructus legatus, & in ea ædificium positum rem mutari, & vsumfructum extingui constat, l. repeti, §. si area, quib. mod. vsusfr. amit.* concord. tex. *in l. si aream* 78. *ff. de vsufr.*

2 Accursius regulam constituit ad fauorem legatarij, a qua tamen duos casus excipit. Primus cum testator mutauit voluntatem. Secundus cum versamur in legato vsusfructus, idque speciali ratione. De primo casu agitur *in §. si area.* De secundo *in l. repeti*, sed hæc opinio non est tenenda, nam *in §. area*, quod testator mutauisset voluntatem, nullum inditium est, immò cum indistinctè, nullaque proposita circumstantia asserat legatarium aream petere non potuisse, nisi ædificium dirutum fuisset, clarè indicat decisurum pendere in natura rei, non ex voluntate testatoris.

Peccat etiam in explicatione *d. l. repeti*, quia ex mutatione rei ibi extinguitur vsusfructus, non ex aliqua speciali ratione, quæ nulla est in proposito inter vsumfructum, & proprietatem, vt num. 9. ostendi.

3 Secundò loco Iacobus de Arena sic distinguebat, aut testator aream propriam legauit, in qua postea ædificauit, aut alienam, in qua dominus deindè ædificium posuit. Primò casu ædificium debetur, & ita loquūtur tex. primo loco allegati. Secundò verò non, de quo casu agunt loci postremo loco adducti; cum hac sententia consentit Bart. *in d. l. seruum filij, §. si area, de leg.* 1. vbi Aret. testatur esse communem.

4 Hæc interpretatio nullo modo est admittenda, quia nullo ex prædictis text. fit mentio de eo, qui ędificium posuit, & cuius esset area, loquunturque nulla proposita circumstantia, ergo ex natura rei mouentur, non autem ex eo, quod, vel testator ędificauerit, vel extraneus; atque ita hanc sententiam, vt diuinatiuam damnat Aret. & Ias. *in d. l. seruum filij, §. procul, num.* 7. licet vterque deindè cum ea transeat.

Addo falsam esse, nec nostri iuris regulis huiusmodi distinctionem adaptari, vt nu. 7. cum sequentibus ostendi.

5 Tertia sententia est Ioannis Garziæ *de expens. cap.* 22. *num.* 34. *vers. ego tamen*, dum ait, *ego tamen existimo Iurisconsultos diuersas iuris facti species tractasse, Celsus inquirit conseruationem legati, Paulus augmētum hic proponit aream legatam, & ædificium superimpositum, & quærit de augmento, an ædificium sic legati augmentum, in qua facti specie Celsus idem quod Paul. respondisset factum fuisse augmentum, & legatario prodesse. Celsus verò aliam facti speciem proponit, ac aliam iuris decisionē inquirit, quæris non de augmento, quod dirutum esse constat, sed an area peti possit, & ait posse.*

6 Non rectè, quia Celsus negat durante ædificio legato locum esse, dum ait, *quamquam tunc peti non poterat*. Insuper adhuc manet obstaculum *d. l. repeti*, dum ait per impositionem ædificij rem mutari, & vsumfructum extingui, quod cum non fuerit a Garzia sublatum, meritò eius opinio reijcienda est.

7 Cum itaque ex his, quæ DD. nostri de hac re scripserunt, res hæc non satis explicata fuerit experiamur nos, an aliquid melius in medium afferre possimus.

Constituo regulam ad fauorem legatarij, ædificium medio tempore impositum areæ, ei deberi, quam regulam probat Papinianus *in l. si areæ, ff. de leg.* 2. Iurisque ratione conuincitur, nam quicquid rei legatæ accedit, ad legatarium pertinet, *l. si ex toto* 8. *l. grege* 25. *ff. de leg.* 1. *l. cum fundus, ff. de fund. instruc.*

8 Eamque habere locum existimo etiamsi legata fuerit area aliena, si postea ædificium impositum fuerit a domino, quia generalitas *d. l. si areæ, & d. l. seruum filij, §. si area*, visque dictæ rationis, hunc casum complectitur: nam etiam hoc casu militat ratio, quod accessorium cedit principali, *§. si alienam, Instit. de rerum diuisione*, cumque testator sciuit ædificium factum esse, nec reuocauit legatum, res difficultate caret ad fauorem legatarij, si verò ignorauerit, existimo hæredem se tueri posse exceptione doli, quia cum voluntas non trahatur ad ignorata, *l. si quis ita, §. si quis, de testam. tut.* dolo facit legatarius, qui petit id, quod sibi legatum non fuit.

Et

9 Et hæc admittenda esse puto, etiam si non proprietas areæ relicta fuerit, sed vsusfructus; in legato enim vsusfructus habet locum regula, vt accessio facta rei pertineat ad legatarium, *l.hares 12.ff. de vsufructu leg.l.si fundi,§.si metalla,ff.de vsufructu.* Et licet ibi declaret tex. hoc non procedere in Insula, quę fundo accessit, nihil nobis nocet, quia vt inquit tex. incrementum tunc apparet sepatatum a re legata, quo casu nos non loquimur.

Et ita tenendum est, licet Accurs. contra senserit, cum quo sentit etiam Cuiac. *tract.3.ad Affricanum, in explicatione l. qui vsumfructum, ff. de vsufructu, & in l.si grege 22.ff. de leg.1.vers.inde aliæ differentiæ.*

10 Ab hac regula excipio casum, quo ita area inędificata fuit, vt spetiem mutauerit, tunc enim legatatius nec aream, nec ædificium petere poterit, quia, vt ait Marcell. *in l.6.ff. de aur. & arg.leg.* fieri non potest, vt legatum vel fideicommissum duret, cum id quod in testamento dabatur in sua spetie non permanserit, & quodammodò extinctum sit, concordat tex. *in l.lana,ff.de leg.3.*

11 Neque huic regula obstat tex. *in l.seruum filij, §. pocula, ff.de leg.1.* vbi debetur legatum etiam si res legata mutauerit spetiem, quia id admittit Vlpianus, si modò voluntatem testator non mutauerit, quod in dubio præsumitur, vt disertè probat text. *in d.l.6.de aur. & arg.leg.* dum ait. *Vt interim omittam, quod etiam dissolutione, ac permutatione tali voluntas quoque videtur mutata.* Ex hoc enim sequitur rem non deberi, nisi legatarius probauetit voluntatem defuncti, quod clarè ostendit hæredem habere fundatam intentionem, & sic regulam pro se, quod est ipsum quod assero.

Et quando area mutauit spetiem, loquitur text. *in d.l.si chorus,§.area,ff.de leg.3.* vt patet ex illis verbis, *ac rursus area sit,* si enim semper area fuit, quomodo rursus area erit. Fauent etiam huic interpretationi illa verba, *area legata si inædificata fuerit,* satis enim commodè intelligi possunt, cum tota area ædificata fuit.

11 Sic etiã loquitur tex. *in d.l.repeti,§. si areæ, quib. mod. vsufruc. amit.* vt patet ex illis verbis, *rem mutari, & vsumfructum extingui constat,* nam si tota non fuisset inædificata, non posset defendi I.C. quod dixisset totum vsumfructum extingui, nam parte rei extincta, aliarum partium, quæ supersunt vsusfructu debetur, *l. si cui insulæ 60. ff.de vsufruct. l.qui res 98.vers.non enim,ff.de solut.*

13 In eodem casu loquitur etiam *l.qui vsumfructum 43.ff. de vsufr.* dum ait, *qui vsumfructum areæ legauerat insulam ibi ædificauit, & viuo, eo decidit, vel deusta est, vsumfructum deberi existimani.* Nam eo loco agit de extinctione vsusfructus, quę contingit ex mutatione rei, vt patet ex verbis sequentibus.

Contra autem non idem iuris est, si insulæ vsufructu legato, area deinde insula facta sit. Idem esse, & si scyphorum vsusfructus legatus sit, deindè massa, & iterum scyphi, licet enim pristina qualitas scyphorum restituta sit, non tamen illos esse, quorum vsusfructus legatus sit.

14 Et hæc interpretatio eo libentius retinenda est, quòd I.C. supponit non deberi vsumfructum, si insula duret, ait enim, *qui vsumfructum areæ legauerat insulam ibi inædificauit, & viuo eo ea decidit, vsumfructum deberi existimani.* De vsufructu enim qui legatus est, non de parte eius loquitur, & ideò debet oratio eius intelligi, cum area mutauit spetiem, nã saltem ex parte, quæ integra mansit, vsusfructus deberetur.

15 Eandem interpretationem admittit id quod scriptum est *in l.si in area 78. de vsufruct.* cuius verba hęc sũt. *Si in area, cuius vsusfructus alienus esset quis ædificasset, intra tempus, quo vsusfructus perit, superficie sublata, restitui vsumfructum veteres responderunt.*

Nam constat, quod hoc in casu ideò extinguitur vsusfructus, quia res mutatur, vt docet Vlp. *in d.l. repeti,§.si areæ, quib.mod.vsufr.amit.* Mutari autem area non dicitur, nisi tota fuerit inædificata, *l.qui res 98. §.qui area, vers.non enim.ff.de solut.* dum ait loquens de area, in qua insula posita fuerat. *Nec est his similis area, in qua ædificium positum est, non enim desijt area in rerum natura esse, immò & peti potest area, & æstimatio eius sola debetur, pars enim insulæ area est, & quidem maxima, cui etiam superficies cedit.* Ergo cum tex. supponat vsumfructum extingui, loquitur de eo casu, quo tota area inædificata fuit: quæ expositio coadiuuatur ex eo, quod dum agit de restitutione vsusfructus, non de parte eius loquitur, sed de integro vsufructu, ait enim *superficie sublata restitui vsumfructum veteres responderunt.* Ergo supponit totam aream inædificatam fuisse; nam iuris ratio non patitur, vt posito ædificio in parte areæ, totus vsusfructus extinguatur. Area igitur tota inædificata legatum perit, propter rei legatæ mutationem.

16 Neque huic assertioni obstat Vlp. *in d.l.si seruum, §. si areæ, ff.de leg.1.* dum admittit legatarium ædificium petere posse, etiam quando tota atea ædificata fuit, nam negari non potest eum hunc casum complecti, tum ex verborum generalitate, loquitur enim de eo casu, quo areæ legatæ domus imposita fuerat, tum etiam, quia in §. antecedenti tractauerat, an, & quando te legata in totum mutata legatum pereat, satis namque verisimile est in d.vers. tractationem eandem continuauisse.

17 Respondeo Vlpianum eo loci admittere legatarium ad petitionem legati, etiam quando res spetiem mutauit, sed cum onere probãdi voluntatem defuncti, quod post mutationem rei legatæ adhuc duret; & ideò supponit regulam iuris in fauorem hæredis, quòd mutatione rei legatum pereat.

18 Minus verò obstat tes. *in d.l.si areæ, de leg.* a. quia clarè loquitur cum tota area non fuit ædificata, vt patet ex illis verbis *vtrumque debebitur, & solum, & superficies.* Si enim tota area ædificio operta esset, non duæ res essent, vt supponit text. solum scilicet, & superficies, sed vnum tantum, scilicet ædificiũ, cuius pars solum est, *l.solum 50.de rei vind.*

Secũdum casum a prædicta regula excipio, cum apparet de voluntate testatoris, quod noluerit ædificium pertinere ad legatarium, de qua docere debet hæres, quia legatarius babet regulam pro se, non modo, quia accessio rei legatæ pertinet ad legatarium, sed etiam, quia mutatio voluntatis non præsumitur. Nam homines cum de re graui agitur, cautè agere, & prudenter solent; & ideò veri-

simile

simile est, quod si legatum voluisset reuocare de hac sua voluntate, clarè, & dilucidè protestatus fuisset.

Nec huic conclusioni obstat tex. *in l. 6. ff. de auro, & argento leg.* quia agitur ibi de eo casu, quo res legata mutatur in aliam spetiem, quæ res, quia suaptè natura extinguit legatũ, reijcit onus probãdi contrariam voluntatem in legatarium, atque ita docuit Cuiac. *ad l. seruum filij, §. pocula, versic. sic etiam in spetie areæ, ibi verum, de leg. 1.*

Probibitio alienationis facta a testatore propter commodum eius, cui fit, non alterius, an valeat ad l. filiusfamilias, §. Diui, eius nominis secundus, ff. de leg. 1. *Cap. XX.*

1 SCribit Bart. *in l. filiusfamilias, §. Diui il secondo, ff. de leg. 1. num. 1. & 2.* prohibitionem factam a testatore ob commodum eius, cui fit, non alia de causa, non tenere, & cum eo sentiunt alij frequentissimis suffragijs.

Contrariam opinionem habuit glos. *in l. 2. C. de vsu. pro empt.* & ibi Odosred. Io. Fab. Bald. & Salicet. *eandem probarunt* Crot. *in d. §. Diui, num. 29.* Carol. Ruin. *num. 1. & 2. & num. 15. & 16.* & his adhæreo.

2 Motus primò *ex d. §. Diui*, dum ait, prohibitionem sine causa a testatore factam ideò inutilem esse, quia est veluti nudum præceptum testatoris, nõ potest enim dici nudum præceptum, cum præter iussum ipsius, adsit commodum eius, cui prohibitio facta fuit; nudum enim pręceptum dicitur, quia sine causa factum fuerit ad instar pactionis nudæ, in qua præter conuentionem nihil aliud est, *iuxta l. iurisgentium, §. sed cum nulla, ff. de pact.*

Nec dicas, causam, propter quam præceptum fuit factum, commodum eius respicere, cui fit prohibitio, & ideò non esse satis, ne præceptum nudũ dicatur, quia huic replicationi obstant iuris ratio, auctoritasque I. C. *in d. §. Diui.*

3 Iuris ratio obstat, quia non alia de causa nudum præceptum testatoris reijcitur circa alienationis prohibitionem, quam quia, cum ipse reliquerit dominium rei, non debet temerè, & sine causa auferre ei, quem facit dominum rei suæ administrationẽ, id enim imprudentis, & vecordis hominis est. Permittitur enim testatori disponere, quomodò velit in testamento, dummodò id agat quod sano homini conuenit, & hac de causa factum est, vt licet patri permittatur occidere filiam in adulterio deprehensã *l. nec in ea, ff. ad leg. Iul. de adul.* ei tamen non conceditur, dum iræ calore accensus est, eam in testamento exhæredare, *l. si filiam suã, C. de inoff. test.* Non patitur ergo iuris ratio, vt non liceat testatori ad commodum eius, cui rem reliquit, alienationem prohibere, cum id prudentis sit, ac sani hominis.

4 Auctoritas autem I. C. aduersatur, postquàm enim firmauit regulam, præceptum, ne res alienetur a testatore non expressa causa factum, veluti nudum præceptum non attendi ait, *quod si liberis, aut posteris, aut hæredibus, aut alijs quibusdã personis consulentes, eiusmodi voluntatem significarent, seruandam eam esse.*

Retinet I. C. idem thema de nudo præcepto, & ait, illud obseruari debere, cum testator aliquibus personis consulere voluit, ergo valet huiusmodi pręceptum, cum ob commodum eius, cui fit prohibitio, non alia de causa prohibitionem fecit, verum est enim eum tunc alicui personæ consulere voluisse.

5 Nec dicas, textum intelligendum esse, cum personæ, quibus veluit consulere, non sunt illęmet, quibus fuit res relicta, sed aliæ, quarum intuitu facta fuit probibitio; nam textum non esse ita intelligendum colligitur indè quod I. C. declarauerat in verbis superioribus præceptum valere intuitu alicuius personæ factum, & ideò intelligi non potest in prædictis verbis de præcepto facto intuitu alterius personę, quã eius, cui facta fuit prohibitio, quia actũ ageret, explicando id, quod prius exposuerat.

6 Secũdò hæc opinio probatur *ex l. Titio centum, in princ. ff. de condit. & demonstrationibus*, vbi I. C. ait. *Titio cẽtum, ita vt fundum emat, legata sunt, non esse cogendum Titium cauere sex. Cęcilius existimabat, quoniam ad ipsum dumtaxat legati emolumentũ rediret; sed si filio fratris alumno minus industrio prospectum esse voluit, interesse hæredis credendum est, atque ideò cautionem interponendam, vt fundus compararetur, ac postea non alienaretur.*

Vides I. C. prius proponere, testatorem legantem centum Titio, vt sibi fundum emere posset, eumque asserere non astringi legatarium ad cauendum se fundum empturum esse, quia testator eius mentis fuit, vt legatarius haberet, vnde sibi fundũ compararet, non autem vt ei præscriberet, in quos vsus pecuniam conuerteret, eum enim sagacem, & diligentem existimabat, vt colligitur ex illis verbis aduersatiuis, *sed si filio fratris* &c. Quòd si testator minus industrium eum existimauit, vtque ei prospiceret fundum emi voluit, tunc hæres non cogitur pecuniam tradere nisi sibi caueatur, se fundum esse comparaturũ, eumque se alienaturum nõ esse, redditque rationem *interesse hæredis credendum est*, non quia indè damnum ei ex egestate legatarij oriri possit; tũc enim constanter dixisset, quia eius interest, fundum non alienari, sed quia ad hæredem pertinet curare, vt voluntas defuncti obseruetur, & ideò anxium eum esse credendum est, vt id fiat, quod testator voluit, & proindè eius interesse videtur sic soluere legatum, ne legatarius voluntatẽ defuncti spernere possit, quod rectè animaduertit Io. Bologn. *in d. §. Diui, num. 134.*

7 Ideò autem præstatur cautio, quia cum testator non prohibuisset alienationem, legatarius alienando dominium transferebat, licet id menti testatoris refragaretur, oportebat enim circa hanc rem eum disponere, vetando alienationem; non sufficit enim, testatorem aliquid velle, nisi disponat *l. cum quidam filium, ff. de hæred. instit.* & ideò necesse fuit alio remedio prouidere, nempè per cautionem, quam iure petit hæres, quia non tenetur præstare legatum, nisi quatenus patitur voluntas testatoris, *l. cum tale, §. falsam causam, ff. de condit. & demonstr.* in fauorem autem hæredis concipitur cautio, quia si in fauorẽ legatarij cõciperetur, legatarius sibi ipsi obligaretur, qđ esset cõtra regulas iuris, nec esset sufficiẽs remediũ ad cõseruãdã volũtatẽ testatoris.

Nec

8 Nec prædictis refragatur, quod multi dicunt, ibi cautionem exigi, quia minus induſtrius erat legatarius, & ideò ſecus eſſet, ſi diligens, & ſagax fuiſſet, quia ſi voluntas teſtatoris volentis conſulere legatario, ibi obſeruatur, quia voluit negligentiæ & vecordiæ legatarij conſulere, ſequitur voluntatē teſtatoris conſulendi commodis eius, cui prohibet alienationem, efficere, ne nudum præceptum ſit, ergo non refert, an hoc, vel illo modo ei conſulat, dummodò animo conſulendi illi alienationem vetauerit; ſemper enim intentio hæc efficit, ne imprudenter, vel temerè prohibuiſſe dicatur alienationē, quod ſatis eſt, ne nudū præceptū cenſeatur.

9 Alij cum Bart. dicunt, I.C. agere de quantitate legata, quæ non acquiritur legatario, niſi cum ei traditur ab hærede, qui propterea poteſt in traditione eius, quam velit legem ponere, & ideò ſecus erit ſi res aliqua legata fuerit, quæ ipſo iure legatario acquiratur, *l. a Titio, ff. de fur.*

Nihil eſt; omiſſis enim multis, quæ contra hunc Bart. intellectum opponi ſolent, ſic rem breuiter expedio; aut volū tas teſtatoris in hac ſpetie valida eſt, aut inutilis; ſi vtilis eſt, indiſtinctè obſeruāda eſt, ſiue ſpeties, ſiue quantitas legata fuerit; ſi inutilis eſt, iniuſtè hęres extorquet cautionē a legatario p. adimplemento voluntatis inutilis, & ideò iure negare poterit, ſe huiuſmodi cautionem præſtare debete, quod eſt contra mentem Iuriſconſulti.

10 Sunt qui dicunt, textum loqui in diſpoſitione teſtatoris, in qua per viam modi prohibetur alienatio, nos verò verſamur, cum diſpoſitiuè prohibetur alienatio a teſtatore.

Non rectè, aut enim huiuſmodi cauſa prohibēdi efficit, ne præceptum nudū ſit, aut non efficit, ſi efficit ne nudum ſit, ergo indiſtinctè valet; ſi verò id efficere nequit, ergo nec per viā modi poteſt hoc iubere teſtator, cum propter defectum poteſtatis inutilis ſit præceptum nudum ab ipſo factum, aliàs aperta eſſet via eludendi legem.

11 Alij exiſtimant in huiuſmodi tex. voluntatem teſtatoris obſeruari, quia tria hæc concurrebant, quod legatarius erat alumnus teſtatoris, & nepos erat negligens, & in cauſam alimētorum legatum relictum fuerat, & ideò extra hūc caſum eius diſpoſitio non erit trahenda.

Nihil eſt, quia I.C. conſiderat, teſtatorem voluiſſe legatario proſpicere, dum ait. *Sed ſi filio fratris alumno minus induſtrio proſpectū eſſe voluit*, & iure meritò, quia hæc ſola cauſa efficit, vt teſtatoris voluntas digna exiſtimetur, quæ obſeruetur, quod licet faciliùs admitti debeat, cum agitur de nepote, & alumno teſtatoris, tamen idem in extraneo dicendum eſt, cum viro prudenti, & probo conueniat eorum commodis proſpicere, quos diligit, cuiuſmodi ſunt illi, quibus legata fiunt, & ideò de huiuſmodi circumſtantia, ſine qua deciſio legis per ſe iuſta eſt, non eſt curandum.

12 Tertiò pro hac ſententia vrget tex. *in l. a. C. qui non poſſ. ad libert. peruen.* vbi hæc aſſertio proponitur, *It, qui in teſtamento vetitus eſt manumitti, ad libertatem non poteſt peruenire.* Deinde pergit, & exponit duos caſus, in quibus teſtator ſeruum manumitti vetat, & inquit, *ſed in propoſito intereſt, vtrū ne eos, quos cum filio educatos eſſe teſtator expreſſit propter familiare miniſterium, & vſum filiorum neceſſarium, & venire, & manumitti vetuerit, ac quaſi malæ mentis pœnam irrogauerit.*

Ex his caſibus vides alterum pertinere ad quæſtionem noſtram, cum ſcilicet prohibitio ſit, non alia de cauſa, quam propter commodum eius, qui prohibetur alienare, ergo hæc cauſa efficit, ne nuda ſit prohibitio, & inefficax, ſi enim nuda & inefficax eſſet, non impediret manumiſſionem, & poſſet ſeruus quandocumque manumitti, quod tamē textus negat, dum ait. *Nam priori caſu morte eius, cui conſulebatur, obſequij neceſſitate finita, ad libertatem poteſt peruenire*, hinc enim colligitur ante eos non poſſe libertatem conſequi, etiam ex voluntate eius, in cuius fauorem id factum fuit, nam ſine eius conſenſu, cum dominus eſſet, non erat, cur quæreretur, an liber eſſe poſſet, quæ fuit animaduerſio Socin. iun. *in d. §. Dini, num. 57.*

13 Nec obſtat, quod pro reſponſione affert idem Socin. *num. 59.* dum ait, filijs, quorum cauſa prohibitio facta fuit, neceſſarium fuiſſe miniſterium illius ſerui, vt conſtat ex verbis, *& vſu filiorum neceſſarium*, & ideò ratione neceſſitatis ibi valere prohibitionem, quæ aliàs non valeret; eſt enim regulare, vt ex cauſa neceſſitatis aliqua admittantur, quæ aliàs non admitterentur *l. 1. §. fin. cum l. ſeq. ff. de fer.* tradit gloſ. *in l. 1. verb. expedire, ff. de offi. Conſul.* non inquam obſtat, quia neceſſitas præciſa efficit quidem, vt multa concedantur, quæ alias negarentur, ſed neceſſitas ad bene eſſe, nullo pacto efficere poteſt, vt a regulis iuris recedatur, itaque cum ibi ageretur de neceſſitate ad bene eſſe, vt liquet ex illis verbis; *quos cum filio educatos eſſe teſtator expreſſit propter familiare miniſterium*, hæc non eſt cenſenda cauſa idonea a regula iuris recedendi; nec contrarium probant verba ſequentia, & vſum filiorū neceſſarium, quia his verbis ſolent ea mancipia exprimi, quæ neceſſaria ſunt ciuibus ad eorum corpus tuendum, & quæ ipſorum cultui præpoſita, deſtinataque ſunt. vide tex. *in l. In l. cenſoria, §. itéque, ff. de verb. ſignific.*

14 Quartò pro eadem opinione vrget tex. *in l. 3. §. ſi quis, ff. de adim. leg.* explicando eum eo modo, quo debere eum exponi oſtendi in e. ſequenti.

Hæc ſunt quæ me in hanc ſententiam trahunt; nunc ad contraria diſſoluenda me confero; prius tamen admoneo, pro opinione noſtra afferri a Ruino, & ab alijs tex. *in l. 2. C. de vſucap. pro empt.* qui tamen ad rem noſtram non pertinet; nam loquitur de teſtatore, qui prohibuerat, tutores filiorum ſuorum quadam mancipia vrbana alienare, tenebantur enim tutores eo tempore ſeruos vrbanos diſtrahere, *l. lex, C. de adminiſtr. tutor.* propter perfectæ artis peritiam, & ideò hic tex. a re noſtra non tutoru cælo diſtat; nam nudum præceptum reſpectu tutorū conſiderari non poteſt, quod autem ibi prohibitio facta fuiſſet tutoribus clarè oſtendunt illa verba, *quos ſuit hæredibus defunctus ſeruari teſtamento præcipit*, hæc enim verba contradiſtinguūt eos, quib. prohibitio facta fuit ab ijs, ad quorū fauorē fit, & ideò tutoribus, non hæredib. facta fuit prohibitio.

15 Pro parte contraria adfertur primo tex. *in l. Titio centum, in princ. ff. de condit. & demonſtrat.* dum ait legato facto centum aureorum, vt fundum legatarius

gatarius emat, legatarium non teneri cauere se emptorum esse fundum, quia vtilitas legati ad eum redit.

Respondeo, testatorem in ea spetie non fuisse eius mentis, vt omninò vellet fundum emi, sed pecuniam suppeditare eum voluisse, qua fundum emere posset, ideò autem noluit præcisè cogere legatarium, quia eum sagacem, & prudentem existimauit, idque esse verissimum ex verbis, quæ statim subiungit I. C. clarè liquet, in illis enim veluti diuersam spetiem ponit eam in qua testator centum reliquit, quia voluit prouidere alumno minus industrio, & omninò voluit, fundum ex pecunia comparari. Itaque quod ait Iurisconsultus legatarium non teneri cauere, quia commodum legati ad eum redit, non ad alium; non potest sic accipi, vt quotiescunque ad solum legatarium non pertinet commodum legati, non teneatur cauere, quia in altero casu commodum ad solum legatariũ pertinebat; quia interesse hæredis in eo consistebat, vt adimpleretur voluntas testatoris, & tamen cautionem præstare cogitur legatarius, si vult consequi legatum, sensus ergo horum verborum bic est, quoniã emptio prędij, quę est emolumentũ legati ad commodum hæredis dumtaxat redit, nec enim hæredis interesse dici potest, emi prædium, cum emptio eius voluntati remissa fuerit, propterea cauere non debet, ratio autem particularis est, quia noluit testator, præcisè emi fundum, sed id voluntati legatarij remisit.

16 Secundò pro hac sententia adducitur regula *l. 3. de leg. 1.* scilicet expressionẽ eius, quod tacitè inest, nibil operari; cum enim probibitio in dubio præsumatur facta ad commodum eius, cui facta fuit, & vt ei consulatur, nihil refert, an præsumptione iuris id factum fuisse dicamus, an expressè a testatore fuerit declaratum.

Nibil est, nam ratio, cur nuda prohibitio sit inutilis est hæc, quod sine causa, & temerè aufert alienationis facultatem ei, quem dominum esse voluit, vt explicant Ias. *in d. §. Diui, num. 9. in prima lectur.* Crot. *in primo notab.* Ruin. *nu.* 2. Bolognet. *a nu. 6.* Peregr. *de fideicom. art.* 14. *num.* 1. *vers. rationes istæ*, & ideò cum versamur in casu, quo voluit consulere ei, cui alienationem vetat, tunc cessat hoc incommodum, quia prudentissimè testator se gessit, dum, vt consuleret ei, interdixit alienationem, & hinc intelligimus, hoc non esse consilium, sed efficacem voluntatem habẽtem vim obligandi; lex enim vetat testatori ne temerè alienationem interdicat, ex causa autem id fieri non vetat; non est enim tunc durum, aut irrationabile, quod ille, qui dominus est, non possit alienare, cum non sit nouum ei, qui dominus est, facultatem alienandi auferri.

17 Tertiò locu dicunt aduersarij, posse prohibitum renuntiare suo fauori, & ideò poterit eludere prohibitionem *l. quoties la 1. C. de fideicommis.* Nihil est, nam si versemur in legatario, hæres poterit alienationem reuocare, si prohibitio ita facta sit, vt alienatio sit nulla, *l. fin. C. com. de leg.* vel per cautionem id efficiet, iuxta text. *in l. Titio centum, in princ. ff. de cond. & demonstr.* Si verò hæredi factũ fuerit præceptum, & tunc si sint plures hæredes, poterunt cohæredes, vel alienationem reuocare, *iuxta l. cum pater, §. libertis, ff. de leg. 2.* vel cautionem exigere, quòd si omnes consenserint, tunc nullum incommodum est prohibitionem inutilem fieri, sicut accidit, cum fideicommissum expresse factum fuit, *vt in l. quoties, C. de fideicommis.* quod si vnus tãtum hæres sit, probibitio inutilis erit, sed ex alio capite, iuxta tex. *in l. Mutianæ, ff. de cond. & demonstr.*

Ad l. 3. §. si quis ita, ff. de adimend. legatis. Cap. XXI.

1 *SI quis ita legauerit. Hæres meus Titio fundum dato, & si Titius eum fundum alienauerit, hæres meus eum fundum, Seio dato, oneratus est hæres: non enim a Titio fideicommissum relictum est, si alienasset fundum, sed ab hærede ei legatum est. Hæres igitur debebit doli exceptione opposita prospicere sibi cautionem a Titio de fundo non alienando.* Verba sunt I. C. *in l. 3. §. si quis ita, ff. de adimend. legat.* Non constat inter nostros, quæ fuerit ratio buius rei, quæ tamen scitu dignissima est, & ideò aliorum opiniones referam, deindè quid sentiam explicabo.

Bart. *in l. filiusfamil. §. Diui il 2. de leg. 1. num. 2. in fine*, agens de bac re ait, prohibitionem in hac spetie a testatore factam respicere, non solum fauorem legatarij, sed etiam hæredis, qui legatum soluere cogitur, si fundus fuerit alienatus, & ideò nil mirum esse, si alienatio valeat: tunc enim nudum præceptum non potest censeri.

2 Impugnant multi hunc intellectum ex eo, quod hic nulla adsit probibitio alienationis a testatore facta; sed non perceperunt vim tex. si enim non fuisset mens testatoris, vt fundus penes legatariũ conseruaretur, quanã ratione liceret hæredi extorquere cautionẽ de non alienando? quænam iuris æquitatis ve ratio pati potest, vt is, quem testator rem alienare non prohibet, cogatur cauere de non alienando?

3 Nec valet, quod dicunt, id fieri, ne hæres indè lęsionem sentiat, cum testator legatum reliquerit sub cõditiune, si fundus alienatus fuerit. Nam quęro, an is, qui potestate sibi a lege data vtitur iniuriam alicui faciat, & nũquid damnum, quod indirectè, & præter voluntatem meam alius sentit, efficere possit, vt ego cogar cauere non alienare id, quod pleno iure, & liberè mihi fuit relictum?

Item quæro, cum hæres curare debeat, vt defuncti voluntas obseruetur, an possit cautionem extorquere ab eo, in cuius personã testator contulit conditionem, *iuxta l. 1. ff. de leg. 2. l. nonnunquam, ff. de condit. & demonstr.* ne conditio vnquam verificetur contra voluntatem defuncti, & in damnum legatarij? si hæc posse fieri absurdum est, huiusmodi opinio non potest admitti, cum ex ea dicta incommoda sequantur.

4 Reijcitur ergo opinio Bartoli ex alio capite, quia scilicet falsum est, commodum afferre hæredi prohibitionem huiusmodi, quid enim referebat hæredis, quod fundus non alienaretur? At dices hęres cogitur eundem fundum alteri tradere, si a legatario fuerit alienatus, ergo eius interest, non posse fundũ alienare. Nibil agis, quia ex præcepto testatoris factum est, vt hæres fundum tradere alteri tunc teneatur, ergo huiusmodi præceptum in fauorẽ hæ-

redis

redis non fuit factum, cum ei damnum afferat, ergo prohibitio alienationis in fauorẽ hæredis non fuit facta, ſed ad commodũ, & vtilitatẽ primi legatarij.

5 Secunda expoſitio eſt Cumani dicentis, legatum tranſlatum fuiſſe ſub conditione, ſi fuerit fundus alienatus, & ideò cenſetur ſub contraria conditione relictum primum legatum, *l. quod purè, ff. quando dies leg. cedat.* Cũ itaque probibitio ſub conditione facta fuerit valida eſt, licèt ſecus eſſet, ſi diſpoſitiuè facta fuiſſet, *l. 4. §. 1. ff. de cond. inſt.*

Reijcitur hic intellectus a Ruino *in dicto §. Diui, num. 17.* duplici ex cauſa. Primò, quia in caſum alienationis non adimitur fundus primo legatario, ſed idem fundus ab hærede alteri legatur, de quo caſu non agit text. *in d. l. quod purè.* Secundò ait Ruin. ſi ſub conditione, ne alienaretur, fundus relictus eſſet, vtique non antea competeret actio legatario, quam fuerit præſtita cautio, *l. cedere diem, ff. de verb. ſignif.* quod tamen non conuenit tex. quia I. C. ait per exceptionem doli excludi legatarium legatum petentem. Eundem intellectum reijciunt ibi Crot. Rip. Soc. iun. Bolognet. & alij, & iure meritò, nam cum non prohibuerit teſtator alienationem, vtique primus legatarius alienans transfert dominium, & per conſequens hæres cogitur eo in caſu redimere fundum, vel æſtimationem præſtare abſque vllo primi legatarij incommodo, (niſi cautionem præſtiterit) ergo hæc tranſlatio legati non poteſt dici, ſed alterius legati datio; trãſlatio enim continet ademptionem in perſona primi legatarij, *l. 6. de adim. leg.* & hoc eſt, quod intelligit Iuriſconſ. dum ait. *Non enim a Titio fideicommiſſum relictum eſt, ſi alienaſſet, ſed ab hærede ei legatum eſt.*

6 Tertiò loco Ruin. *in d. §. Diui, n. 17.* agẽs de hac re dicebat, quod probibitio non valebat ad effectũ impediendi alienationem, & tranſlationem dominij, præſtari tamen hæredi cautionem ex quadam æquitate, quia non conuenit, hæredem grauari ex facto legatarij, *l. paterfam. teſtamento, de hered. inſtit.* ſed iſte intellectus confunditur ex ijs, quæ propoſui contra intellectum Bart. ideò ne actum agam vide ſcripta num. 2.

7 Quartò loco Socin. iun. *eod. in loco num. 79.* dicebat, in hoc tex. nullã adeſſe prohibitionem alienationis, ſed adeſſe duplex legatum, vnum purè, & aliud ſub conditione, & vtrinque præſtare hæres debet, quia tamen non creditur teſtator voluiſſe duplici legato onerare hæredem, ei ſuccurritur per cautionẽ, vt alienatione facta non cogatur fundum redimere, vel æſtimationem præſtare.

Non rectè, nam ſi duo legata facta fuerunt aliũde, non poteſt Socin. colligere mentem teſtatoris, vnum tantum præſtari eum voluiſſe, quam quia ſecundum legatum fuit in gratiam primi legatarij factum, apud quem volebat fundum manere, quod ſi verũ eſt, eius intellectus corruit, ſi enim teſtatoris mens fuit, vt fundus maneret apud primum legatarium, tacita ineſt prohibitio, *l. Titio centum, in principio, ff. de cond. & demonſt.* quæ niſi efficax eſſet, nec pœna valeret ei adiecta, ſublato enim principali acceſſorium non poteſt conſiſtere, *c. acceſſorium, de reg. iur.*

8 Vltimò Io. Bolognet. num. 125. inquit, hoc in caſu nullam adeſſe prohibitionẽ alienationis, neque priuari legato primum legatarium, ſi alienauerit, exigi tamen cautionem ab hærede, quia teſtator deſiderabat, ne fundus a primo legatario alienaretur, & vt hæres id curaret diligenter, ſi facta fuiſſet fundi alienatio, iuſſit, fundum alteri præſtari, cum autem lex animaduetteret, iuſtum eſſe deſiderium teſtatoris, ſubuentum fuit hæredi, vt poſſit exigere cautionem, propter quam probibetur alienatio pro adimplemẽto volũtatis teſtatoris, vt ẽt accidit *in l. Titio centũ, in prin. ff. de cond. & dem.*

9 Propè id ſcopum accedit Bolognet. Nam quod teſtator ſecundum legatum fecerit, quia cupiebat, ne fundus a primo legatario alienaretur, veriſſimũ eſt, ſed nõ ſufficit hoc ad aſſequendum vim textus, nam cum Iuriſconſultus generaliter loquatur de eo, qui nulla adiecta cauſa, cur vellet fundum penes hæredem manere, ſic legauit, oportebat explicare quemadmodum in executionem huius voluntatis exigi cautio poſſit, cum traditum ſit, nudum præceptum non valere, & ideò huic tex. retento hoc intellectu, obſtat regula *d. §. Diui*, licet Bologn. dicat, quod contra eã non vrget, ſi enim expreſſa voluntas nuda negligitur, multò magis non expreſſa ſpernenda erit, & hoc eſt, quod nunc nobis explicandum eſt.

10 Ego igitur exiſtimo, rationem hanc eſſe, quia teſtator non temerè, aut imprudenter deſiderauit, rem a legatario non alienari, ſed prouidè, & prudenter, nam non ita accuratè verſatus fuiſſet in hac re grauando hæredem in caſu alienationis ad dandum alteri fundum, hinc enim apparet valdè diligens, & accurata diſpoſitio, & per conſequens dici debet, eum non alia de cauſa hoc voluiſſe, quã vt commodis legatarij proſpiceret, & ideò non eſt mirum, ſi in executionem voluntatis eius cautio exigatur, cum non teneatur hæres præſtare legatum, niſi ita legatarius caueat, vt ſalua eſſe poſſit voluntas teſtatoris, vt etiam accidit *in l. Titio centum, in principio, ff. de cond. & demonſtr.*

An hodie poſſit filius ignorante patre adire hæreditatem ſibi delatam ad l. final. §. 1. C. de bon. quæ lib. *Cap. XXII.*

1 ET eum poſſe docent interpretes *in l. qui in aliena 6. ff. de acquir. hæred.* vbi Bart. *ante num. 1.* Bald. *num. 2. in fin.* Caſtr. *num. 2.* Imol. *num. 2.* & tandem hanc traditionem omnes ſequuntur, teſte Iaſ. *ibi num. 7.* eiuſdem etiam opinionis fuerunt plurimi *in l. 1. C. qui admitt. ad bon. poſſ.* quos ibi refert, & ſequitur Cagnol. *num. 70. cum ſeqq. & in l. 26. num. 2. ff. de reg. iur.*

2 Fundamentum conſtituunt *in l. final. §. 1. C. de bon. quæ liber.* vbi expreſsè deciditur, filio licere adire hæreditatem ſibi delatam, etiam inuito patre, ergo poterit id facere eo ignorante; nam qui poteſt actum facere aliquo inuito, poteſt etiam eo ignorante illum facere, *l. qui poteſt inuitis 26. ff. de regul. iur. cum ſimil.*

3 Verum non ſatis ſolidum eſt hoc fundamentũ; Iuſtinianus enim, cum permittit filio, inuito patre adire, id facit, ne ſit in poteſtate parentum priuare filios hæriditate ſibi delata, & in pœnam contraditionis; quod ex eo patet, quia tunc ipſi non quæ-

ritur

ritur vsusfructus, quem in bonis filiorum aduentitijs parentes consequi solent, *l. cum oportet, eod. tit.* quæ pœna vtique sine culpa non infligeretur.

4 Nec miror, si dixeris, id ex eo factum esse, quia omnia hæreditatis onera pertinent tunc ad filium, ad quem propterea æquum erat, vt omne pertineret emolumentum; nam secundum regulas naturæ est, vt qui sentit commodum, sentiat etiam & incommodum, & econtra, *l. secundum naturam, ff. de reg. iur.*

5 Quoniam respondeo etiam si cōsentiat pater filio adeunti hæreditatem, non propterea eum subire hæreditatis onera, vt in eadem l. clarè disponitur *§. fin autem*, ergo hæc ratio non est sufficiens ad auferendum vsumfructum patri. Vlterius, nonne iniquum fuisset, patrem, qui propter caritatem, & eximium amorem filio hæreditatem adire volenti consentire negat propter timorem, ne curis, & ære alieno implicetur, vsufructu priuare, si postea hæreditas lucrosa fit? indignum patris pietate præmiū; ergo necesse est dicere, auferri vsumfructum patri propter aliquam culpam, quia pœna adeò grauis sine culpa non infligeretur.

6 Culpa autem, vt mihi videtur, in hoc consistit, quòd filio, qui vult adire hæreditatem consensum negat; licet enim lex plurimum consilio parentum confidat; plerumque enim pietas paterni nominis consilium pro liberis capit, vt inquit Papinianus *in l. nec in ea 22. in fin. ff. ad l. Iul. de adult.* attamen, cum filius adhuc repugnante patre persistit in voluntate adeundi, satis prospexisse sibi credendum est, cum ad ipsum onera debeant pertineant; meritò cum pater illi consensum præstare negat, suspectus redditur, nec culpa carere creditur, propterea licentia adeundi filio conceditur absque iussu patris, ita vt nihil emolumenti ex huiusmodi hæreditate ad patrem perueniat, ne culpa patris pœna careat.

7 Proptereà, cum culpa, ex qua dependet hæc cōstitutio, non existat quoties pater ignorat, hæreditatem fuisse filio delatam, quia nondum a filio eius iussus postulatus fuit, sequitur, nullo modo hanc dispositionem trahi posse ad casum, in quo filius non petijt facultatem adeundi.

8 At dicunt aduersarij, nos non asserimus, vsufructu priuandum esse, cum filius absque eius consensu adit; quoniam respondeo, legem, quæ statuit inuito patre filium adire posse id ex culpa patris constituisse, vt probaui, & ideò cum hæc culpa in præsenti disputatione absit, nullo modo dispositio hæc ad eam decidendam afferri poterit.

9 Quod clarius apparebit, si attentè cōsideremus illa verba legis, *Et hæc quidem in his casibus obseruanda sunt, quibus discordia inter patrem, & filium vertitur.*

Cum enim disposuisset, quod si pater nolit filio volenti adire, consentire, filius solus adire possit; ad quid hæc verba adijcit? nullum vtique operabuntur effectum, si dicamus, hanc legem habere locum, etiam si nulla sit discordia inter patrem, & filium.

10 Nec dicas, quod solus adire possit filius habet locum, etiam si nulla sit discordia, quod verò pater amittat vsumfructum non procedit, nisi adsit discordia inter eos, quoniam verba sunt generalia, & clara, quæ non sine incommodo restringi possunt, vt quilibet animaduertere potest; inquit enim, *& hæc quidem* &c. quæ sua natura omnia supradicta comprehendunt perlegas contextum, & ni fallor, non negabis, Iustinianum voluisse illis verbis intra quosdam cancellos hanc legem coarctare, vbi scilicet erit discordia inter patrem, & filium, extra quos si quis legem extendere voluerit, non interpretis, sed legislatoris officio fungitur.

11 Hæc prætentiens Cagnol. *in l. 1. C. qui admitt. nu. 76.* in responsione ad decimum ait, textum quidem loqui, vbi est discordia, sed tamen extēdi debere ad casum ignorantiæ propter regulam æquiparatorum *d. l. is qui potest inuitis, ff. de reg. iur.*

Respondeo, aliud esse, legem loqui vbi adest discordia, aliud, quod legislator dispositionem restringat ad illos casus, in quibus vertitur discordia; primò enim casu ex huiusmodi regula, si alia non obstant, extensio fieri poterit; secundò verò non vtique; tunc enim apparet, auctorem legis præscripsisse terminos, in quibus constitutionem voluit habere locum, propterea ex regula æquiparatorū extensio fieri non poterit; quia tunc termini præscripti mutantur, maximè, quia tūc deficit id, quo fuit motus legislator, scilicet discordia patris, & filij, ex quibus responsio colligitur ad regulam *l. is qui potest inuitis 26. ff. de regul. iur.* quia cessat propter rationis diuersitatem, vt post alios notat Dec. ibidem, & *in l. 1. C. qui admit. num. 86. in 2. lectur.* & ibi Cagnol. *num. 76. ad fin. vers. secunda conclusio*, & ideò ad rem nostram non potest adaptari, quia euidens est inter hos casus discrimen.

12 Secundò aduersarij mouentur, quia ideò filius olim non poterat sine iussu patris adire, ne ære alieno eum inuitum obstringeret, *l. qui aliena 6. ff. de acquir. hæred.* hæc enim ratio hodie cessat, quia hæreditas filio quæritur, *l. cum oportet, C. eod. tit. de bon. quæ lib.* & debitorum solutio ad hæreditatem pertinet, non ad patrem vsufructuarium, *d. l. final. §. fin autem.* ergo cum sit hæc ratio correcta, & dispositio, quæ in ea fundatur, sublata erit, vt per Imolam *in l. si viro, §. de viro, num. 14. ff. solut. matr.*

13 Sed hæc argumentatio est contra textum *in d. l. final. C. de bon. quæ lib.* in qua clarè colligitur, quod antequam edita fuisset non licuit filio inuito patre hæreditatem sibi delatam adire; & tamen tunc lata erat lex, quæ solum vsumfructum in aduentitijs patri defert, vt ex principio illius patet, & per consequens correcta erat illa ratio, filiū non posse adire sine iussu patris, ne eum inuitum ære alieno obligatum reddat; filius enim dominus, & hæres erat, pater autem vsufructuarius; debita namque nō ad vsufructuarium, sed ad hæredem pertinet, *vt in d. l. final. §. fin autem*, quæ non est noua dispositio, sed regulis iuris antiqui consonans, quibus constituitur hæredem quasi contrahere cum creditoribus, *Instit. de oblig. quæ ex quasi contract. nasc. §. hæres*, & quod hæres succedit in omne ius defuncti, *l. nihil aliud est 24. de verb. signific. l. hæreditas 62. de regul. iur. §. cum igitur, C. de iur. deliber.*

Non obstat illa traditio, quod correcta ratione legis ipsa lex correcta dicatur; quia huiusmodi doctrina tunc demum habet locum non constat de

mente contraria auctoris legis correctoriæ, vt accidit in caſu noſtro.

Itaq́ue cōtrariam opinionem ſequor, quam poſt Angel. probauit Iaſ. *in l.qui in aliena, num. 15. ff. de acquir. hæred. & in l. 1. C. qui admit. nu. 19.* vbi Rim. iun. *a num. 410.*

Fundamentum ſolidiſſimum deducitur *ex l. qui in aliena, & ex l. qui bona fide, §. iuſſum, de acquir. hæred.* in quibus expreſsè deciditur, filium adire hæreditatem ſibi delatam non poſſe niſi pręcedente iuſſu patris, quæ iura, cum correcta non fuerint per tex. *in d. l. final.* vt probaui, nec per aliam legem, omninò obſeruanda ſunt.

De hæreditate delata filiofamilias, cum pater furioſus eſt, An a filio adiri poſſit, & an patri vſusfructus acquiratur ad l. cum hæres, ff. de acquir. hæred. *Cap. XXIII.*

1 SI filiofamilias, cuius pater furioſus eſt, hæreditas deferatur, quid ſit agēdum, videamus. Duæ autem incidunt dubitationes. Prima, An filius poſſit eam adire quouſque pater viuit, & furioſus eſt. Secunda, ſi filius adierit, an hæreditatis vſusfructus patri acquiratur.

Et quod pertinet ad facultatem adeundi, eam tunc competere filio ſcribunt Bart. Lud. Roman. Caſtr. Aret. *in l. cum hæres, ff. de acquir. hæred.* Iaſ. *in l. qui in aliena, §. interdum, num. 13. ff. de acqu. hæred.* & alij, de quibus D. Fachin. qui eandem ſequitur, *lib. 6. c. 38.*

2 Mouentur auctoritate textus, quem velut vnicum, & ſingularem prædicant *in l. cum hæres 52. ff. de acquir. hæred.* qui, pace eorum dixerim, diſertè contrarium probat, quod vt intelligas, verba eius refero, quæ ſic ſe habent.

Cum hæres inſtitutus erat filius, habebat patrem furioſum, in cuius erat poteſtate, interponere ſe ſuam beneuolentiam D. Pius reſcripſit, vt ſi filiusfamilias adire perindè habeatur, ac ſi paterfamilias adijſſet, permiſit itaq́ue ei ſeruos hæreditarios manumittere.

Iure communi filium, de quo agimus, nō potuiſſe adire, euidenter ex eo patet, quòd Pius Imperator, dum ei per reſcriptum id permiſit, profeſſus eſt, ſe ex beneuolentia id concedere, ſi ergo ante reſcriptum non licebat filijsfamilias, qui in poteſtate parentum furioſorum erant, adire, nec poſt huiuſmodi reſcriptum id licebit. *Nam quod Princeps alicui ob merita indulſit, vel ſi pęnam irrogauit, vel ſi cui ſine exemplo ſubuenit perſonam non egreditur*, vt nos admonet Vlp. *in l. 1. ff. de conſtit. Princip.* cuius ſententiam probauit Iuſtinian. *in §. ſed quod Principi, Inſt. de iur. natur.*

3 Quem intellectum clarè confirmat tex. *in l. fin. §. quæri, ff. quis ord. in bon. poſſ.* vbi ex Marcello I.C. retulerunt compilatores hanc dubitationem; *quæri poteſt, ſi cum poſſet filius petere bonorum poſſeſſionem patre item abſente, vt certiorare eum non poſſit, vel etiam furente, petere neglexerit, an peti amplius poſſit?* & ſtatim I.C. reſpōdet, filio negligentiam non nocere, reddit ratione, *quia bonorum poſſeſſio non antea acquiretur, quam pater comprobaſſet.* Si enim per reſcriptum Pij Imperatoris leges vetantes, eum, qui in patris poteſtate eſt, ſine eius iuſſu adire hæreditatem, corrigerentur, cum pater furioſus eſt, cur hoc in loco mentionem patris furentis reliquiſſent?

4 Cur ergo dices, Compilatores reſcripti prędicti tenorem in ff. inſeruerunt? Reſpondeo, optimo conſilio factum fuiſſe, vt Princeps ſciret, ſi quando auxilium a filiofamilias hac in re poſtularetur, id fieri poſſe, & aliàs factum fuiſſe, cum enim profiteantur boni Principes ſe ſecundum leges viuere, *l. digna vox, C. de leg.* ægrè a legibus ſcriptis diſcedunt.

5 Huic tamen ſententiæ plurimum obſtare videtur tex *in l. Antiſtius 62. §. vlt. ff. de acq. hær.* dum ait, *Furioſus ex teſtamento acquirere ſibi hæreditatis commodum non poteſt, niſi neceſſarius patri, aut domino hæres exiſtat. Per alium autem acquiri ei poteſt, veluti per ſeruum, vel eum, quem in poteſtate habet.* Si enim per filium ei hęreditas acquiritur, neceſſe eſt dicere, poſſe filium ſine iuſſu eius adire. Re tamen attentius conſiderata hic textus non nocet. Intentio enim Iuriſconſulti eſt oſtendere accidere poſſe, vt furioſus per filium, vel ſeruum hæreditatem acquirat, quemadmodum autem id accidere poſſit, non explicat; itaq́ue cum poſſit accidere cum auus exhæredato filio furioſo, nepotem inſtituit, iuxta tex. *in l. 6. §. interdum, de acq. hæred.* non eſt, cur nos dictum Iuriſconſulti trahamus ad caſum de quo agimus; maximè, quia Marcellus, ex quo hic textus deſumptus eſt, alibi clarè ſcripſit, agnitionem bonorum poſſeſſionis factam a filio ſine iuſſu patris ei non prodeſſe, ſcilicet *in l. fin. §. 1. ff. quis ord. in bon. poſſ.* His accedit I.C. eodem contextu verborum coniungere ſeruum, & filium, ergo quemadmodū in ſeruo ſupponitur aditio facta ſecundum iuris regulas, ita in filio eam ſupponit; itaq́ue, vt ex hoc textu colligatur poſſe filium ſine iuſſu adire, oportet probare id ſecundum regulas iuris eſſe. Et de prima dubitatione ſatis.

6 Secundò dubitatur, eſtò filium poſſe adire, vt docent noſtri DD. vſusfructus acquiritur ne patri furioſo eo modo, quo acquireretur, ſi ſanus mentis, filio iuberet, vt hæreditatem adiret; negatiuè reſpondet Bart. cuius opinionem ſequuntur, & defendunt Lud. Rom. Caſtr. Aret. & alij in explicatione *d. l. cum hæres.*

7 Mouentur ex verbis *d. l. cum hæres*, dum ait, I.C. ex reſcripto Pij Imperatoris factum fuiſſe, *vt ſi filiusfamilias adiret, perindè haberetur, ac ſi paterfamilias adijſſet*, hinc enim ſequitur, quod ei acquiratur pleno iure hæreditas eo modo, quo acquiſita fuiſſet, ſi paterfamilias adijſſet.

8 Contrariam ſententiam ſequuntur Petr. de Bexutio *in l. cum filio, ff. de leg. 1.* Comenſ. *in d. l. cum hæres, in fin.* Ar. Pinell. *in l. 1. par. 1. nu. 62. C. de bon. matern.* D. Fachin. *lib. 6. c. 88.*

Fundamentum huius ſententiæ poſitum eſt in regula iuris, quæ habet, vſumfructum aduentitiorum acquiri patri *l. cum oportet, C. de bon. quę lib.* hęc enim regula in patria poteſtate fundata pertinet ad patrem furioſum, quia is filios retinet in poteſtate, *l. patre furioſo, de his qui ſunt ſui vel alie. iur. l. Antiſtius, in fin. de acquir. hæred.*

9 A qua regula, cum hic caſus nō fuerit exceptus, nō eſt, cur ab ea recedamus, quod enim pertinet ad

reſcri-

rescriptum Pij Imperatoris, is permittit quidem filiofamilias adire sine iussu patris, sed quid ex ea acquireretur filio ne verbum quidem, quod non erat prætermittendum, cum non valeat consequentia, filius adit hæreditatem sine consensu patris, ergo eam sibi acquisiuit; hæc enim distincta sunt, & separata, & ideò quod ait I.C. Pium rescripsisse, *vt si filiusfamilias adiret perindè esset ac si paterfamilias adijsset*, referri debet ad effectum de quo agebatur, scilicet, an acquisita censeretur hæreditas per filiumfamilias sine iussu patris adeuntem, vt rectissimè dicebat Petr. de Besut. cui frustra Rom. & Aret. proprietatem sermonis opponunt, quia dictio illa, *perindè*, restringitur ad id, de quo agitur, itaque cum ibi ageretur de aditione, nec quæreretur cuius fieret hæreditas, nõ potest id per hæc verba decidi; cum enim in præiudicium patris esset, non erat per verba obscura & inuoluta significandum; in illis enim, quæ damnum aliquibus afferũt, non præsumitur Princeps disponere, *l. ex facto, ff. de*
10 *vulg. & pup. substit.* sed veget Aret. postquam I.C. dixit, Pium permisisse, filium adire, perinde, ac si sui iuris esset, colligendo conclusionem ait, *Permisit itaque ei & seruos hæreditarios manumittere*; nisi enim mens Pij fuisset, vt hæreditas filio acquireretur, non rectè ex antecedentibus hanc colligeret conclusionem.

Respondeo ex Pandectis Florentinis tolli hanc difficultatem, in illis enim ita legitur, *permisitque ei seruos hæreditarios manumittere*; ex qua lectione patet, I.C. velut diuersa hæc ponere, adire, & manumittere, quod non faceret, si hæreditatem acquireret filius.

11 At inquit Castr. si admittimus, filium pleno iure non acquirere hæreditatem, sequitur, filium patrẽ ignorantem æri alieno astringere posse, quod non videtur admittendum.

Respondeo, si iura noua inspicimus, æs alienum hæreditatis non pertinere ad patrẽ, cui vsusfructus acquiritur *l. fin. C. de bon. quæ lib. §. sin autem.* Si verò iura vetera consideremus, existimo cum de filij vtilitate hac in re ageretur, quia patris suus hæres est, Pium Imperatorem existimasse, eum diligenter prius inuestigauisse vires hæreditatis, cum nemo suum iactare credatur.

12 Si ergo admittimus filium sine iussu patris adire posse, non tamen admittendum erit, vsumfructum patri non acquiri; ait tamen Castr. *in d. l. cum hæres, num. 2.* quod, etiamsi filius hæreditatem acquisierit, tamen si deinde pater resipisceret, & aditionẽ ratam haberet, tunc ei vsusfructus acquireretur; cui se se opponit Francisc. Aret. in eiusdem legis expositione, & vt mihi videtur rectissimè, si enim admittimus illa verba textus, *perinde habeatur, ac si paterfamilias adijsset*, ad omnes effectus pertinere, qui ex aditione patrisfamilias oriuntur, sequitur, liberè, & pleno iure hæreditatem acquiri filio, & per consequens per subsequentem ratihabitionẽ non posse patri vsumfructum acquiri; vtitur autẽ Castr. auctoritate *l. fin. §. 1. ff. quis ord. in bon. poss.* sed nihil ei prodest, quia dum I.C. ait, *tamen non ante acquireretur, quam pater comprobasset*, significat bonorum possessionem non potuisse agnosci a solo filio, & ideò non est mirum si pater ratum habendo id, quod gessit filius hæreditatem acquirat.

13 Aliam limitationem afferebat Bart. *in d. l. cum hæres, in fin.* quoties filius cum auctoritate curatoris patris furiosi hæreditatem adiuisset, quod etiã scribit *in l. Antistius, §. fin. de acquir. hæred.* & ibi Roman. *in fine eum sequitur.*

Sed perperam, quia iussus, qui necessarius non est filio, non est satis, vt patri acquiratur hæreditas, quæ filio a lege tribuitur pleno iure, & ideò necessaria esset constitutio, quæ hoc introduceret, quæ non extat; neque dicas cum Lud. Rom. hanc videri voluntatem filij, vt patri acquirat hæreditatem, dum iussu curatoris adit, quia nego hanc præsumptionem, nemo enim suum iactare præsumitur, *l. cum de indebito. ff. de prob.* Ideò enim filius exegit iussum curatoris, quia credebat eum esse necessarium, hoc enim potius præsumendum est, quam quod voluerit, hæreditatem, quæ ad se pertinebat, patri acquirere. vide Iacob. Menoch. *de arbitr. iud. cas. 88. num. 1. cum seqq.*

Præterito filio a primo gradu, cur testamentum vires sumat a secundo, a quo fuit exhæredatus, cum in filio posthumo præterito secus sit ad l. 5. ff. de iniust. rupt. & irrit. fact. testam. *Cap. XXIIII.*

1 SI filius in potestate existens a primo gradu fuerit præteritus, a secundo exhæredatus vires sumit testamentum a secundo gradu *l. 3. §. fin. ff. de lib. & posth. l. filius 75. de hæred. instit. l. ex facto 43. §. huius, de vulg. & pupill.* secus est, si fuerit posthumus præteritus, nam ipse totum rumpit testamentum *l. 5. de iniust. rupt.*

Quæritur a DD. quæ sit ratio differentiæ. Qua in re sententijs variatum est, gl. *in d. l. 3. §. fin. de lib. & posth.* dicebat, secundum gradum a primo gradu dependere, quando primus gradus valet, secus quando primus inutilis est, tunc enim secundus per se consistit; nil mirum ergo, si præterito filio nato, a secundo gradu vires sumat testamentum, quia tunc nullo existente primo gradu, secundus per se consistit, & per consequens nihil ei obesse potest, quod primus gradus non valeat: econtra verò præterito posthumo primus gradus, a quo fuit præteritus, statim valet, *l. 3. vers. ex his, ff. de iniust. rupt.* & ideò secundus gradus cõsistere non potest rupto per natiuitatem posthumi primo gradu, a quo dependebat. Cum Accurs. sentiunt Bart. & Ias. *in d. §. fin.*

2 Sed hęc opinio reijcitur a plerisque, & iure meritò. Nam cum secundus gradus fiat, vt deficiente primo testamentum non corruat, *vt in tit. de vulg. substit. in princ.* dici non potest, secundi validitatem a primo dependere, alias secundus gradus frustra fieret, pereunte enim primo, secundus quoque, qui ab illo pendet, & periret.

Pręterea aut suaptè natura secundus gradus pendet a primo, aut si id testator voluerit; si suaptè natura, ergo semper pendebit, siue valeat primus gradus, siue non, & per consequens propter hanc dependentiam secundus gradus peribit, quando filius natus fuit præteritus a primo gradu, quia tunc primus gradus corruit. Si verò dependet eo tantum casu, quo testator voluit, cur I.C. generalem con-

ſtituit regulam, præterito filio nato a primo gradu teſtamentum vires ſumere a ſecundo gradu, a quo fuit exhæredatus?

3 Secundò loco Bald. Angel. & Alex. *in d.l.3.§.fin.* hanc attulerunt rationem differentiæ, quando filius natus fuit præteritus, tunc lex ipſo iure annullat gradum, a quo fuit præteritus, quando verò filius poſthumus omiſſus fuit, teſtamentum rumpitur a poſthumo ſtatim, ac naſcitur, & quia nemo rumpit teſtamentum ad fauorem alterius, ideò hoc in caſu teſtamento vires non accipiat a primo gradu, quia tunc teſtamentum ad fauorem ſubſtituti ruptum fuiſſet, non ad fauorem poſthumi.

Obſtat huic ſententiæ, quod vtroque caſu rumpitur ipſo iure teſtamẽtum, & quia de eo caſu, quo filius natus præteritus fuit, nemo dubitat de ſecundo; videamus cum autem ſtatim ac filius præteritus natus eſt nemine id petente teſtamentum rumpatur, *vt Inſtit. quib. mod. teſtament. infirm. in principio, & in tit. de exhæredat. liber. §. poſthumi, & l. 1. & 3. ff. de iniuſt. rupt. teſt.* Cur ipſo iure, legiſque auctoritate fieri inficiabimur? Cumque vtroque caſu id fiat a lege propter filiũ, cur in vno caſu totum perit teſtamentum, alio verò nequaquam? quæ fuit animaduerſio Turamin. *Epiſtol. Academ. 19.*

4 Tertiò loco Paulus Caſtr. dicebat, quando filius natus pręteritus fuit a primo gradu inutile eſſe ipſo iure huiuſmodi gradum, & per conſequẽs non põt impedire, quin ad ſecundum gradum perueniat hæreditas, a quo cum filius exhæredatus fuiſſet, ſequitur, vt hæreditas aufferri ei non poſſit, niſi mediante querela; econtra verò cum poſthumus præteritus fuit a primo gradu, is ſtatim valet, & ideò impedit, ne hæreditas ad ſecundum gradum pertineat, cum autem naſcitur filius, tunc rumpitur hic gradus, & quia hoc fit fauore filij, ideò hæreditas ad ſecundum gradum nõ pertinet, quia tunc quod in fauorem filij introductum fuit in eius odium verteretur.

5 Huic ſententiæ obſtat id, quod oppoſui Baldo, cum enim vtroque caſu lex rumpat gradum propter filium, cur vno caſu patitur, hæreditatem ad ſecundum gradum peruenire, altero nequaquam? hæc eſt difficultas, quæ explicanda eſt, quam nec diſſoluunt Cuman. & Aretin. qui alias explicationes cogitarunt, quas cum in eaſdem incidant obiectiones, non recenſebo.

6 Quartò loco occurrit id, quod ſcripſit Alex. Turamin. *Epiſt. Acad. 19.* is conſtituit differentiã inter pręteritionem filij nati, & poſthumi in eo, quòd præteritio poſthumi rumpit teſtamentum, filij verò nati illud iniuſtũ reddit, *l. 3. §. ex his, ff. de iniuſt. rupt.* Iniuſtum autem teſtamentum pro parte eſſe poteſt, & pro parte iuſtum, ruptum verò non poteſt eſſe pro parte, nil mirum ergo, ſi vno caſu totum non pereat, altero verò vtique.

7 Hæc opinio non eſt tenenda, quia eſt contra tex. clarum *in d.l.3.§.fin. de iniuſt. rupt. teſt.* dum ait, *licet autem poſthumus agnoſcendo rumpat, tamen interdum euenit, vt pars teſtamenti rumpatur, vt puta ſi proponas a primo gradu poſthumum exhæredatum, a ſecundo præteritum; nam primus gradus valet, ſecundus ruptus eſt.* Ex hoc enim textu clarè conuincitur opinio Turamini, qui dicebat, teſtamentum pro parte rumpi non poſſe.

8 Ego, vt finem faciam, ſic rem explico, quod teſtamentum, in quo filius natus præteritus fuit, vires ſumat a ſecundo gradu, ex eo factum videtur, quia pater exhæredando filium a ſecundo gradu voluit corrigere errorem, quem fecerat in primo gradu prætereundo filium, & ſic ideò teſtamentum ex ſecundo gradu vires ſumit, quia teſtator voluit, ab eo incipere teſtamentum, quod vtique facere potuit, quæ præſumptio ſine dubio admittenda eſt, tum ex eo, quod quilibet præſumitur velle facere actum validum, *l. quoties, ff. de reb. dub.* & quod nemo præſumitur elegiſſe viam teſtandi, per quam eius diſpoſitio pereat, *l. 3. de milit. teſt.* tum quia ſine Iuriſperito antiqui teſtamentum non ſolebant conficere. vide tex. *in l. penult. §. Lucius, de leg. 1.* & ideò licet lex in fauorem filij reddat nullum eum gradum, a quo filius natus præteritus fuit, non tamen totum annullat teſtamentum, quando a ſecundo gradu fuit exhęredatus, quia teſtator ſecundum gradum conſcribendo, ab eoque exhæredando filium formam a lege præſcriptam adimpleuit, exhæredando ſcilicet filium ab eo gradu, a quo teſtamentum incipere velit; quando verò lex nato poſthumo rumpit gradum, a quo fuit præteritus, tunc rumpit teſtamẽtum, vt ei locum facit, vt docet clarè tex. *in d.l.3. in fine, de iniuſt. rupt. fact. teſt.* quod cum fieri pręterito poſthumo non poſſit, niſi ab inteſtato non ſinit ex eo teſtamento adiri hæreditatem, quando enim ex teſtamento hæreditas adiri poteſt, locus non eſt ſucceſſione ab inteſtato, *l. quamdiu, de acquir. hæred.*

9 Neque hoc in caſu allegari poteſt, teſtatorem ſecundũ gradum conſcribẽdo correxiſſe errorem, voluiſſeque ab eo teſtamentum incipere, quia cum primus gradus valeat ipſo iure, ita vt poſthumo non nato ex eo deferatur hæreditas *l. 3. verſ. ex his, de iniuſt. rupt.* non poteſt dici, teſtatorem voluiſſe a ſecundo gradu teſtamentum incipere: at dices, voluit ab hoc gradu incipere, non ſimpliciter, ſed ſi poſthumus natus fuerit, quia hæc diuiſio voluntatis non poteſt admitti, cum verba hoc non patiantur tex. *in l. ille, aut ille, de leg. 3.* & agatur de re minime fauorabili *l. 19. in fine, de hæred. inſtit.*

Præteritio filij in poteſtate exiſtentis, an irritet teſtamentum quoties bona mente facta fuit ad l. 1. in principio, ff. de lib. & poſthum. *Cap. XXV.*

1 SI pater præterierit filium non notæ cauſa, ſed ad eius commodum, *iuxta l. multi non notæ, ff. de lib. & poſthum.* non vitiari teſtamentum concors, vt mihi videtur, eſt noſtrorum opinio. vide DD. *in d. l. multi,* vbi Alex. *num. 2. & num. 9. & in l. cum ex filio, ff. de vulg. & pupill. ſubſtit.* vbi Aret. *col. final.* Iaſ. *num. 6. prope finem, verſ. in ea gloſſ.*

Fundamentum huius opinionis in eo conſiſtit, quòd remedium Prætoris inuentum in fauorem filiorum præteritorum non competit, quoties bona mente fuerunt præteriti, *l. ſi emancipatus 56. ff. de bon. poſſ. cont. tab. iuncta l. ita tamen 27. §. Marcellus, verſ. rogatus, ff. ad S. C. Trebell.* ergo idem dicendum eſt in remedio, quod lex ciuilis inuenit

in fauo-

in fauorem filiorum præteritorum; eadem enim ratio vrget, ne id, quod in fauorem introductum fuit, in damnum conuertatur contra regulam *l. quod fauore, C. de legib.*

2 Secundò beneficium inuentû a Instin. *in Auth. vt cum de appell. cognosc.* in fauorem filiorum sine iusta causa exhæredatorum cessat cum filius bona mente fuit exhæredatus, Bart. *in l. cum ex filio, nume. 3. ff. de vulg. & pupill. substit.* vbi Aretin. *col. final.* Alex. *num. 5. prope finem,* Ias. *num. 6. post medium, vers. in ea gloss.* idem Alex. *in Auth. non licet, nu. 2. C. de lib. præterit.* vbi Ias. *n. 10.* Cust. iun. *n. 34.*

Ergo idem dicendum est in remedio, quod ex eadem constitutione introductum fuit ad fauorem filiorum præteritorum.

3 Hæc opinio mihi suspecta est, etenim constat in suos hæredes continuari dominium rerum, non de nouo acquiri, *l. in suis, ff. de lib. & posthum.* & ita continuari, vt nisi impediatur hæc continuatio, hæreditas alteri acquiri non possit, *l. 3. §. 1. vers. nam vt Iulianus scribit, ff. de lib. & posth.*

Itaque secundum principia iuris non potest valere testamentum, in quo alius institutus fuit hæres, nisi hæc continuatio rescindatur. vide tex. *in l. 1. ff. de iniust. rupt. & irrit. facto test. in l. inter cætera, ff. de lib. & posth. Inst. de exhæredat. lib. in princ.* Vlp. *in fragment. tit. 22. vers. ex suis.*

Ergo vt testamentum valeat, quando filius in potestate existens præteritus fuit oportet destruere continuationem dominij, ea enim durante ad alium hæreditas transferri non potest; itaque cum nullibi cautum reperiatur hoc fieri, quando pater præterijt filium bona mente, consequens est, illud testamentum inutile esse, quo filius in potestate existens etiam bona mente fuit præteritus.

Ad argumenta partis aduersæ facilè est respondere. Primum enim ex eo tollitur, quod secundum iuris principia validum est testamentum, in quo emancipatus fuit præteritus, *§. emancipatos, Inst. de exhæredat. lib.* & ideò satis est ostendere mentẽ Prætoris non fuisse hoc casu destruere testamentû paternum: hoc enim sublato firmum remanet testamentum ex regulis iuris ciuilis, sed hoc non sufficit in casu nostro, quia testamentum per præteritionem filij in potestate existentis irritari, non fuit particulari lege sancitum, sed descendit ex constitutione iuris ciuilis, per quam in filios dominium continuatur ipso iure, cum in potestate sunt, & ideò quousque hæc continuatio durat, testamentum huiusmodi consistere non poterit. Itaque cum continuatio non impediatur ex præteritione bona mente facta, consequens est, nec testamentum hoc in casu consistere posse.

4 Ex quo intelligis, communem sententiam rectissimè defendi posse in præteritione matris, vel aliarum personarum, quæ non rumpebant testamẽtum secundum iuris antiqui regulas, iuxta tex. *in §. finali, Instit. de exhæred. lib.* & tradita per Vlp. *in fragmentis tit. 22. vers. ex suis*, satis enim commodè dicere possumus nouas constitutiones, quæ statuunt, præteritione harum personarum vitiari testamentum, hanc accipere interpretationem, si modò in damnum earum facta fuerit præteritio, iuxta regulam *l. quod fauore, C. de legib.*

Ad secundû respondeo, aliud esse, an cõstitutio Iustiniani facta in fauorem filiorum sine causa exhæredatorum habeat locum eo casu, quo in fauorem filij facta fuit exhæredatio, aliud an præteritio filij in eius fauorem facta annullet testamentû. Primò enim casu ad sustinendum testamentum sufficit ostendere mentem Iustiniani non fuisse hunc casum cõprehendere; tunc enim sequitur testamentum validum esse ex iuris antiqui regulis, quo cautum erat, satis esse, vt testamentû valeat, quod filius fuerit nominatim exhęredatus, *l. 1. & 2. ff. de lib. & posthum.* Secundò verò casu etiam si ostendatur, constitutionem prædictam, dato, quod de prætensione bonû filiorum ageret, hunc casum non continere, adhuc tamen testamentum subsistere non potest, quia ex iuris antiqui regulis præteritio filij nullum ipso iure reddit testamentum.

Legato fundo ad vsufructum, nunquid solus veniat vsufructus, an etiam proprietas. Cap. XXVI.

1 SI testator fundum, vel aliam rem alicui *legauerit ad vsufructum* non venire proprietatem, sed solum vsufructum existimauit olim Oldrad. de Ponte antiquissimus iuris nostri interpres, cuius sententia nigros tulit lapillos, eam enim reiecit Bart. *in l. 4. num. 3. & 4. ff. de alim. & cibar. leg.* & cû Bart. alij interpretes, quos referunt, & sequuntur Card. Mantic. *de coniectur. vltim. lib. 9. tit. 2. nu. 19.* Menoch. *lib. 4. præsumpt. 133. nu. 11.* Surd. *de alim. tit. 19. q. 1. num. 3. & cons. 21. num. 4. & 5.* Rota *decis. 121. nu. 7. par. 2. diuers.* Ioan. Baptista Laderch. *cons. 32. nu. 2. & num. 4. in fine.* D. Stefanus Gratianus *lib. 1. disceptat. Forens. c. 138. num. 1. cum sequentibus, & p. 2. discept. 216. a num. 23.* Ego verò con-
2 tra existimo Oldradi opinionem iuri consonam esse, quod vbi ostendero, fundamenta partis aduersæ aggrediar.

Cum testator inquit, *lego fundum ad vsufructum*, intelligi debet non de vsufructu, qui cum proprietate coniunctus est, sed de eo, qui seruitus est, nam vbicumque dubitatur, quænam res legata fuerit, tunc ea interpretatio capi debet, quæ hæredi vtilior est, vt probatur *l. si ita sit scriptum 14. in l. idem Iulianus, §. scio 41. ff. de leg. 1. in l. qui concubinam 29. §. 1. l. nummis 73. ff. de leg. 3.* & docẽt gloss. & Bart. *in d. l. si scriptum, num. 2. vers. secundo dicitur hic, ff. de leg. 1.* vbi Castrens. *num. 2.* Alex. *num. 4. vers. tertio nota.* Ias. *num. 17. & 18. cum sequentibus.* idem Bart. *in d. l. Iulianus, §. scio, de leg. 1.* & ibi Alexan. Bart. rursus *in l. si is, qui ducenta, in principio, ff. de reb. dub.* & ibi Soc. *num. 1.* Dec. *cons. 355. nu. 5. vers. & ista conclusio, in l. semper in obscuris, num. 2. ff. de reg. iur. & in l. in testamentis, nume. 4. eodem tit.* ibi Cagnol. *num. 7.* Menoch. *de arbitr. iud. lib. 1. quæst. 99. num. 14.* Surd. *cons. 72. nu. 15. cons. 112. num. 11. & de alim. tit. 19. 10. nu. 16. & tit. 8. priuileg. 25. num. 1.* Laderch. Imolens. *cons. 32. nume. 7.* Card. Mantic. *lib. 9. tit. 1. a 25.* Honded. *cons. 63. num. 72. in 1.* Barzius *decis. 12. num. 35.* neque enim dubitare quis potest magis hæredi expedire, vt legatû intelligatur de vsufructu qui seruitus est.

3 Et hoc maximè dicendum est, quia si consideramus communem vsum loquendi, & imperitorû,

Aa 3 & peri-

& peritorum, illa facultas, quam habent domini vtendi, & fruendi rebus ſuis, vſufructus ſimpliciter non ſolet appellari, econtra verò ille vſufructus, qui ſeruitus eſt, ſecundum communem caſum loquendi, ſine adiuncto vſufructus appellatur, & a peritis, & ab imperitis, ideoque de hoc teſtatorem ſenſiſſe credendum eſt, quia verba teſtatoris a communi vſu loquendi interpretationem recipiunt, Card. Mantic. *de coniect. vlt. lib. 3. tit. 8.*

4 Et hæc interpretatio comprobatur auctoritate tex. *in l. final. ff. de vſufruct. ear. qua vſu conſumuntur.* cuius hæc verba ſunt.

Cum pecunia erat relicta Titio, ita vt poſt mortem legatarij ad Mæuium rediret, quamquàm aſcriptum ſit, vt vſum eius Titius haberet, proprietatem tamen ei legatam eſſe, etiam vſus mentione facta, quia erat reſtituenda ab eo pecunia poſt mortem eius Diui Verus, & Antoninus reſcripſerunt.

In propoſita ſpetie ab initio fuerat legata plena proprietas cum pecunia fuiſſet legata, idque ibi notat Caſtrenſ. & docet Ladercb. *conſ. 32. num. 7. in fine*, pecuniæ enim appellatione non vſufructus, ſed plena proprietas eius venit. Deindè addita fuerunt a teſtatore illa verba, *vt legatarius vſum illius pecuniæ haberet*; exiſtimaueruntque Antoninus, & Verus Imperatores vſus appellatione intelligi de eo, qui ſeruitus eſt, licet intelligi ſine ſcrupulo potuiſſet de eo vſu, quem domini in rebus proprijs habent, cum modus huiuſmodi loquendi frequens ſit in iure, *vt in l. quamuis, ad finem* 28. *& in l. cum teſtamentum* 30. *ff. de aur. & arg. leg. & ff. de ſuppellectil. leg. l. 3. verſ. propter eximium vſum, & iaſiae verſ. hodie, & in l. 6.* ibi *ad vſum communem, & verſ. neque ad communem vſum in l. Labeo* 7. ibi *ad quotidianum vſum, & in l. vaſa* 10. ibi *quam vſus cauſa, & in l. quemadmodum* 12. ibi *ad vſum vrbanum, & ff. de verb. ſignific. l. in lege cenſoria* 203. & mille alijs locis eſt enim receptiſſimus dicendi modus, & præterea vrgerent prima illa verba, quibus teſtator proprietatem reliquit. Hoc autem nulla alia ratione factum dici poterit, quam quod vſus, & vſufructus appellatione, niſi euidens ſit voluntas in contrarium, intelligi debet de eo, qui eſt ſeruitus.

5 Quod verò ibi Impp. intellexerint de vſu, qui ſeruitus eſt, ex eo colligitur, quia ſi ſecus fuiſſet, & dubitatio vana fuiſſet, & deciſio; nam ſi ab initio legata fuit proprietas, quæ occaſio erat dubitandi, an reſtrictum fuerit legatum ex eo, quod voluerit teſtator, legatarium habere illum vſum pecuniæ, quam domini in rebus ſuis habent? cur Imperatores dixiſſent, ibi proprietatem contineri, quia pecunia reſtituenda erat poſt mortem legatarij, cum legatum, quod proprietatem ab initio continebat, ſi modò non fuiſſet reſtrictum vſus mentione facta, eandem proprietatem continuiſſet, etiam ſi pecunia non fuiſſet reſtituẽdam, & denique cur I. C. dixiſſet proprietatem contineri, etiam vſus mentione facta, ſi vſus ibi intelligitur, non prout ſeruitus eſt, ſed prout competit dominis?

Si ergo in illa facti ſpetie in qua teſtator prius proprietatem pecuniæ legauerat, deindè addidit mentionem vſus, intelligitur de vſu, qui ſeruitus eſt, non autem de vſu, quem domini habent, multò magis in caſu noſtro vſufructus appellatione intelligi debet de eo, qui ſeruitus eſt, intelligendo enim tunc de vſu, quem domini in rebus ſuis habent conformis fuiſſet ſermo teſtatoris eum vſu loquendi recepto, in caſu verò noſtro ab vſu loquendi, & peritorum, & imperitorum quàm longiſſimè recedit, ſi de eo vſufructu intelligitur, qui domino tribuitur.

6 Eadem interpretatio, vt de vſufructu, qui ſeruitus eſt, in ſpetie noſtra intelligi debeat, confirmatur ex tex. *in l. vxori 24. ff. de vſufr. leg.* in illis verbis *Serapium ſeruum meum concubinæ meæ ſeruire volo, non videtur proprietas ſerui legata, ſed vſufructus.*

Dubitandi occaſio oriebatur ex illo verbo *ſeruire*; nam ſeruus ſeruire dicitur, & domino, & vſufructuario, itaque vi verborum inſpecta vterque caſus ſine difficultate comprehenditur, cur ergo interpretatio accipitur contra legatarium? nulla alia certè ratione, quam quia materia legatorum ſtrictam recipit interpretationem; itaque in hac ſpetie verba *lego fundum ad vſufructum* debent intelligi de eo, qui iure ſeruitutis competit, maximè cum huic intellectui verba magis deſeruiant, & ceſſet circumſtantia illa dilectionis, quæ eo in caſu adeſt, quo concubinæ legatum factum fuit.

7 Et ex his latè quidem, ſed neceſſariò diſcuſſis, opinio Oldradi manifeſta redditur, nam ſi teſtator intellexit de vſufructu, qui ſeruitus eſt, noluit relinquere proprietatem, quia hæc inſimul conſiſtere nequeunt, *l. vti frui, ff. ſi vſufruct. petat.*

8 Secundò eadem opinio Oldradi corroboratur *ex l. ſi habitatio, §. 1. ff. de vſu, & habit.* cum inquit. *Sed & ſi ſic relicta ſit illi domus vſusfructus habitandi cauſa, vtrum habitationem ſolam, an verò, & vſufructum habeat videndum. Et Priſcus, & Neratius putant ſolam habitationem legatam, quod eſt verum.*

Sicut enim illa verba *habitandi cauſa* legatum vſufructus domus ad ſolam habitationem reſtringũt, ita illa verba *ad vſufructum* reſtringere debẽt.

Neque valet, quod dicit Bart. & cum eo Caſtrenſ. *in l. cum antiquitas, num. 3. ff. de vſufruct.* id ex eo contingere, quia habitatio vſufructu plenior eſt, vt probat tex. *in d. l. cum antiquitas, iuncta gloſ. ibi in verbo vſufructum.*

Quia iure nouo a Iuſtin. condito *in d. l. cum antiquitas*, id verum eſt, ſecus tamen erat ſecundum ius, quod tempore Vlpiani auctoris illius tex. receptum erat, tunc enim habitatio non erat plenior vſufructu, vt denotat Vlpian. in illis verbis, *vtrum habitationẽ ſolã, an verò, & vſufructũ*, & in illis, *putant ſolam habitationem legatam*. Plenior enim ſi fuiſſet habitatio, vſufructum vtique continuiſſet, & ſic non bene diceret ſolam habitationem legatam cenſeri, quia ille, qui habuiſſet habitationem, & vſufructum habuiſſet, ſicut dicimus eum, qui vſumfructum habet, & vſum habere, quia fructus vſum continent, *l. per ſeruum, §. 1. ff. de vſu, & habitat.*

Et habitationem vſufructu tunc pleniorem non fuiſſe manifeſtè colligitur ex eodem Vlpia. dum *in l. arboribus, §. vſufructuarius, de vſufructu*, docet, vſufructuarium locare poſſe, nam illi qui habitationem habebat, minimè concedebatur Teophil. *in §. penult. Inſt. de vſu, & habit.* licet poſtea Iuſtinianus cõtrarium ſtatuerit *in d. l. cum antiquitas, verior*

itaque

itaque est opinio Oldradi, siue eodem conceptu verborum verba *ad vsufructum* posita sint, siue ex interuallo, quia eædem rationes militant; tex. enim *in d. l. fin. ff. de vsufruct. ear. rer.* loquitur, quando non fuerunt verba eodem conceptu prolata, sed ex interuallo, & ita sentio, licet hos casus distinguant addentes ad Alex. *cons.* 223. *lib.* 2. *litt. B.* & clarissimus I. C. Dominus Polydorus Ripa obseruat. 164. in fine, qui anno 1613. die 23. Decembris hora 16. cum dimidio repentina correptus morte maximū Gymnasio huic Pisano, in quo horis matutinis, e prima sede iura interpretabatur, sui desiderium reliquit. Erat enim vir probus, & doctissimus.

9 Respondeamus nunc ad ea quæ in contrariam partem deduxit Bart. *in d. l. 4. num. 4. ff. de alim. & cibar. legatis*; quod spectat *ad d. l.* 4. dū docet, quod si testator legauerit fundum ad hoc, vt aliquis ex eo alatur, proprietatem non vsufructum, relictum censeri. Respondeo, huiusmodi verba ad causam legandi pertinere, vt dicit tex. *in l. penul. in fine, ff. eod. tit.* quæ cum respiciat fauorem ipsius legatarij, non restringit legatum, vt docent post alios Card. Mantic. *de coniect. lib. 6. tit. 14. num.* 15. Surd. *de alim. tit. 2. q. 1. num. 30. & 31.* itaque hic tex. non pertinet ad quæstionem nostram, cum illa verba *ad vsufructum*, neque causam legandi, neque legatarij fauorem contineant.

10 Secundò pro eadem opinione affertur tex. *in l. cum hi, §. si vni, ff. de transact.* vbi si fundus ad alimenta fuerit relictus, proprietas debetur.

Respondeo, illa verba *ad alimenta* fauorem legatarij respicere, vt ibi docet Paul. de Castr. *num.* 2. *in fine.* Alex. *cons.* 214. *nu.* 12. *vers. quia illa verba, lib.* 6. Angel. *cons.* 338. *in fine.* Surd. *de alim. tit.* 2. *q.* 1. *num.* 1. *prope finem, vers. quia illa verba*, & iure meritò, nam exprimunt causam legandi *l. penult. in fine, ff. de alim. & cib. leg.* quæ vbi fauorem legatarij respicit, legatum non restingit, quæ enim in fauorem inducta sunt non debent in odium trahi, *l. quod fauore, C. de legib.* Ideò hic tex. non pertinet ad quæstionem nostram, nam illa verba, *ad vsufructum* causam legandi nullo modo continent, quæ enim causa legandi est, vt legatarius sit dominus rei legatæ?

11 Tertiò pro eadem opinione Bart. dicit esse casum expressum *in l. donationes, §. species. ff. de donat.* verba hæc sunt.

Species extra dotem a matre filij nomine viro traditas, filiæ q̃ præsens erat, donatas, & ab ea viro traditas videri respondi; nec matrem offensam petitionem habere, vel eas res rectè vendicare, quòd vir tauisset extra dotem vsibus puellæ sibi traditas: cum ea significatione, non modus donationis, declaretur, nec ab vsu proprietas separetur, sed peculium de dote puellæ distinguatur. Respondeo species tradi pro vsibus puellæ, non fuisse a matre donatrice expressum, sed a marito, dum eas recepit, vt declarat Papinianus in illis verbis, *quod vir tauisset extra dotem vsibus puellæ sibi traditas.* Itaque nihil commune habet cum quæstione nostra, neque probat vsus appellatione proprietatem contineri, vt existimauit ibi Accurs. Bart. & communiter interpretes, & etiam Cuiac. *ad lib.* 12. *resp. Papiniani in explicatione illius legis*, quod ante me animaduerterunt D. Polyd. Ripa *obseruat.* 164. *num.* 3. & 4. Menoch. *casu* 88. *nu.* 34. & 135. aduersus quem frustra insurgit Card. Mantica *de tacitis, & ambiguis conuent. lib.* 13. *tit.* 23. *num.* 5. *vers. sed ego puto*, vt ex dictis patet.

Quartò dicit Bart. illa verba ad vsumfructum causam de futuro, seu modum respicientem fauorem lagatarij, indicare, ideoque legatum non restringere, *l. quod fauore, C. de legib. cum similib.*

Respondeo, nec causam exprimere, vt ostendi num. 10. nec modum cum nihil sit faciendum per hæredem, modus enim est, cum quid iubet fieri testator post emolumentum quæsitum, vt Bart. docet, & alij *in l. quibus diebus, §. Termilius, ff. de condit. & demonstr.* hic enim nihil faciendum est per ipsum legatarium, cumque fundi appellatione plena contineatur proprietas, *l. si alij, ff. de vsufruct. legat.* hæc verba fauorem legatarij continere nequeunt, cum legato cui detrahere possint nihil possint addere.

12 Postremò Mātic. & Surd. allegāt tex. *in l. species, ff. de aur. & argent. leg.* vbi legauit testator species auri cum onere restituēdi; addidit deinde hæc verba, *quarū rerū vsufructus, dum viues tibi sufficiet*, & tamen respondet I. C. legatū propritatem continere. Respondeo, id ex eo cōtingere, quòd ibi additū fuerat onus restituendi, vt patet ex illis verbis, *proprietatem legatam addito onere fideicommissi.*

Qua ratione fuerit constitutum a Iustiniano, vt dos, & donatio propter nuptias ex fideicommisso ascendentium deduci possit ad explicationem Auth. res quæ, C. commun. de leg. *Cap. XXVII.*

1 CONstituit Iustinian. *in Auth. de restit. & ea quæ parit in* 11. *mense, §. quamobrem*, vt si liberis bona non suppetant, ad constituendam dotem, vel donationem propter nuptias, possint eam ex fideicommisso ascendentiū deducere: ex quo loco desumpta est *Auth. res quæ, C. commun. de leg.* adeoque clarè id ex verbis Iustinani colligitur, vt vix mibi persuadere possim Antonium Fabrum virum acutissimum contrarium scribere *decad.* 10. *error.* 2. cuius rationes ex dicendis facili negotio dissoluuntur. Huius aūt constitutionis vsus quotidianus est, & ideò multas nostrorum dubitationes circa eius interpretationem statui exponere.

2 Exordiar autem a ratione, qua motus fuit Iustinianus ad ita constituendum, qua de re contendunt nostri acriter. Prima est opinio eorum, qui aiunt, hoc ita constitutum fuisse, quia lex obligat parentes ad dotem, & donationem prædictam in huiusmodi casu costituendam; sic censuerunt Bart. *in d. Auth. res quæ, num.* 5. *vers. nam in eo, & num.* 8. *in fine vers. quia cogit*, vbi Salicet. *num.* 3. *in fine vers. quia patris officium.* Paul. de Castr. *num.* 9. & *nu.* 13. Ias. *num.* 32. *limit.* 13. *vers. sed non puto.* Curt. iun. *nu.* 12. *vers. quod tunc, & num.* 13. *vers. & sic stat.* Ant. de Padill. *num.* 118. *in fine.* Marc. Mant. *num.* 7. *vers. sed dico, & num.* 8. *vers. secunda.*

Eandem sententiam probant Castr. *in l. mulier, §. cum proponeretur, nu.* 2. *ff. ad Trebel.* Dec. *cōs.* 376. *num.* 2. *cons.* 519. *num.* 3. Cur. iun. *cons.* 59. *nu.* 3. Rol. a Vall. *cons.* 85. *num.* 36. *vers. vbi dicitur, lib.* 1. Dec. *cons.* 18. *nu.* 26. *lib.* 2. Menoch. *lib.* 4. *præsumpt.* 189. *num.* 5.

num.5.& nu.103.& nu.116.verſ.quam ſanè. Surd. *deciſ.62. a num.11.* Peregrin. *de fideicommiſſ.art.42. num.3.& nu.9.verſ.& ſolida.* D.Fachin. *lib.4.c.48. verſ. nam illa verba*.

3 Secunda eſt opinio, immò rationem iſtius conſtitutionis eſſe præſumptam mẽtem teſtatoris, quam plurimi ſequuntur, de quibus Iaſ. *in l.filiusfamilias, §. Dini, num.70. in prima lectura, verſ.ad contraria, de leg.1.* Curt.iun. *in d. Auth. res quæ, num.36.* Ruin. *conſ.123.num.10.in 2.* Marzar. *conſ.1.num.42.* Petra *de fideicommiſſ.quæſt.8.num.346.& 452.* Couar. *lib.3. var.c.6.num.10.verſic.cæterum*, ibi, *ego verò.* Menoch. *de arbitr.caſ.149.nu.27.verſ. Iuſtinianus, & conſ.95.num.135.* Rolan. *conſ.85.num.23.lib.1.* Molin. *de primog. Hiſpan.lib.4.c.6. num.5.* Burſat. *conſ.180.num.22.verſ. tertia concluſio, num.24.* Barboſ. *in l.1.p.4.num.16.ff. ſolut.matr.* D.Polid.Rip. *obſeru.20.num.26.*

4 Ex his opinionibus, quæ receptior ſit, non auſim affirmare, non dubito tamen, eſſe veriſſimam, & dignam quæ iudicando probetur eam, quam ſecundo loco retuli.

Fundamentum huius opinionis conſiſtit in illis verbis, *Si enim & ante nos ex generalibus hypotecis plurima per præſumptionem exceperunt, (cum vtique non ita nobis neceſſaria conſiſtant) quomodò non nos ex maiore, & meliori ſententia nuptialium lucrorum exceptionem faciemus?*

Rationem reddit his verbis Imperator, cur cauſam dotis, & donationis propter nuptias ex fideicommiſſis exceperit, & inquit, ſi veteribus licuit ex generalibus hypotecis quaſdam res eximere, cur nobis nõ licebit ex reſtitutione dotem, & donationem propter nuptias excipere, cum longè maior ratio id fieri ſuadeat? igitur vtraque exceptio ex eodem fonte deſcendit, aliàs perperam Imperator ſimilitudine prædicta fuiſſet vſus.

5 Cum ergo exceptio ex generalibus hypotecis facta in præſumpta hypotecantis mente fundata ſit, *l.obligatione 6.ff.de pignor.l.1.C.quæ res pign. oblig. poſſ.* clarèque inſinuat Imperator in illis verbis, *per præſumptionem exceperunt*, ſequitur exceptionem a Iuſtiniano ex fideicommiſſo factam, ex præſumpta voluntate fideicommittentis deſcendere.

6 Ex quo intelligimus non rectè ſentire eos, qui aiunt, conſtitutionem in præſumpta quidem voluntate eſſe fundatam, ſed præſumptionẽ oriri ex obligatione, quam lex teſtatori iniungit dotem, & donationem in dicto caſu conſtituendi; nam ſi hoc verum eſt, euidens eſt diuerſitas inter hanc rem, & exceptionem ex generalibus hypotecis factam; certum eſt enim, res, quæ in generalibus hypotecis nõ continentur, poſſe nominatim hypotecari; ergo perperam a ſimilitudine prædicta vſus fuit Imperator; eoque maior eius culpa eſſet, quòd cum poſſet certiſſimam huius rei rationem afferre, dicendo, ideò hoc fuiſſe conſtitutum, quia teſtator fideicommittendo non potuit ſe eximere ab obligatione, quam ei lex iniungit, huiuſmodi ſimilitudine vſus fuerit, quæ nihil ad hanc rem faceret.

7 Ad exemplum ergo veterum iuris auctorum ex fideicommiſſo Iuſtinianus eſimit cautam dotis, & donationis propter nuptias ex præſumpta mente teſtatoris, & iure meritò; cum enim fideicommiſſa, vt plurimum, fiant ad conſeruandum familiæ ſplendorem, veriſimile eſt, teſtatorem noluiſſe liberis ſuis præcludere viam honeſtè nubendi, cumque id non poſſent conſequi, niſi conſtituendo dotem, & donationem propter nuptias ſecundum mores temporis, quo conſtitutio facta fuit; vtique creditur, eum voluiſſe ex fideicommiſſo vtramque deduci, cum non adſunt bona, quæ ad id ſatis ſint.

8 Huius autem præſumptionis veſtigium extat in *l.mulier, §.cum proponeretur, ad S.C.Trebell.* vbi Vlpianus agens de filia rogata a patre hæreditatem reſtituere, quæ res fideicommiſſo obnoxias in dotem dederat, ait, eam *id feciſſe quod mulieris pudicitiæ, patriſque voto congruebat*, votum enim ibi accipitur pro deſiderio, *iuxta l.ſcripto, ff.vnd. liber.in l. nam & ſi, de inoff.teſtam.* ſignificatque his verbis patrem fideicommittendo non cenſeri adimere facultatem dandi in dotem res reſtitutioni obnoxias, cũ non haberet bona, ex quibus poſſet ſibi dotem conſtituere, adhuc tamen hoc non fuerat lege aliqua determinatũ, & ideò oportuit id a Iuſtiniano fieri; obſtabat enim huic præſumptioni regula *l. ille aut ille, de leg.3.* quæ in caſu dicti §.ceſſauit; quia pater, cum rogauiſſet filiam, ſi ſine liberis decederet, hæreditatem reſtituere, de nuptijs filiæ cogitauit, & per conſequens etiam de dote, quia perarò nuptiæ ſine dote celebrabantur.

9 Hanc autem coniecturam eo libentius Iuſtinianus probauit, quia hoc vtile erat Reipublicæ, *iuxta l.1.ff.ſolut.matr.* quod inſinuat dicens; *ea enim quæ omnibus proſunt ijs, quæ ſpetialiter vtilia ſunt præponimus.*

10 Itaque Iuſtinianus primò, & principaliter motus fuit ex mente præſumpta teſtatoris, ſecundariò verò, & per modum cauſæ impulſiuæ, ex vtilitate publica, & ita intelligendi ſunt illi, qui aiunt, bonum publicum eſſe rationem, ſuper qua Iuſtiniani conſtitutio fundata eſt; nam ſi volumus, hanc rationem eſſe principalem, quomodò defendi poterit Iuſtinianus, qui vtitur ſimilitudine generalium hypotecarum, in quibus ſola veriſimilitudo conſideratur, & nulla publicæ vtilitati ratio habetur?

Item cum ſatis Reipublicæ conſulatur, ſi mulieres innuptæ non maneant, cur permittit Imperator in damnum fideicommiſſariorum, mulierem dotem ex fideicommiſſo detrahere, etiam eo caſu, quo nubere quidem poſſet, ſed non ſecundum dignitatem ſuam?

11 Quòd ſi contendas, immò auctores huius ſententiæ aſſerere hanc rationem conſiderari principaliter a Iuſtiniano, præter ſupradicta, opponam auctoritatem eorum, quos adduxi num. 2. & 3. Omnes enim illi, qui aſſerunt, conſtitutionem, vel in neceſſitate fundari principaliter, vel in præſumpta mente negant vtilitatem publicam principalem rationem eius fuiſſe.

12 Vt autem clarius appareat, falſum eſſe conſtitutionem in neceſſitate dotandi fundari, ab aduerſarijs quæro, hæc neceſſitas a quo inducta fuit, an a Iuſtiniano, an ab alio? ſi dixerint, ante Iuſtinianum hoc fuiſſe conſtitutum, facilè erit eos redarguere, quia cum nemo teſtando poſſit ſe eximere ab obligatione, qua tenetur *l. filiusfamilias, §. Dini il ſecondo, de leg.1.* manifeſtum eſt, ſuppoſita hac neceſſitate,

tate,

tate, potuisse dotem ex fideicommisso ante Iustinianum deduci, quod tamen falsum est, apertè enim ipse profitetur ante eum id non licuisse.

13 Secundò constat olim, quod etiam hodie obtinet, parentibus licuisse præter legitimam de suis bonis ad libitum disponere, ergo fideicommissum ad libitum poterat constitui, neque erat permissũ, illud ex causa dotis imminui a filia, quæ legitimam consecuta fuerat, etiam si bona ei non superessent sufficientia ad dotem constituendam.

14 Non obstat responsio Menoch. *lib.4. præsumpt.* 189. *num.* 103. eum officium paternum sit in matrimonium collocare filias, *l. qui liberos, de rit. nupt.* eius etiam officium esse eam dotem dare, quæ necessaria est, vt viro honesto nubat, quia animaduertendum est legitimam portionem, vt plurimum, satis esse ad inueniendum virum honestum, pauperem tamen, quod erit satis, vt pater non cogatur præter legitimam aliud dare; nullibi enim cauetur, patrem teneri præter legitimam aliquid dare filiæ, quæ honestè nubere potest.

15 Videamus nunc, an Iustinianus induxerit, vt pater hoc in casu dotem, & donationem constituat, quod ab eo factum non fuisse satis clarè patebit, si ostendamus, eius constitutionem commodam accipere interpretationem absque huius noui iuris introductione; traditum est enim correctionem legũ euitandam esse, si alia interpretatio idonea afferri possit, *l. vnica, C. de inoff. dot. §. fin. Auth. de exhiben. reis, gloss. in c. cum dilectus, in verbo, iuri, de consuet.* vbi Abb. *num.* 21. Bald. *num.* 14. vide etiam Becc. *cons.* 12. *num.* 43. Surd. *decis.* 93. *nume.* 6. *& decis.* 167. *num.* 17. Dec. *cons.* 3. *num.* 7. *cons.* 358. *num.* 7. *vers. & in horum.* quod in nouellis Iustiniani consti-
16 tutionibus præcipuè obtinet, in his enim non sine præfatione ea explicare solet, quæ nouè constituit, vt ex ipsis liquet, & admonent Alc. *lib.* 3. *Pwerg. c.* 17. *vers. adde.* Menoch. *remed.* 9. *recuperandæ num.* 387. *vers. hinc videmus.* Vigl. *in Instit. de hæred. qual. §. fin. num.* 7.

17 Congruam autem interpretationem afferri posse huic constitutioni facilè erit intelligere, si prius intelligemus lectionem vulgatam malè exponere mentem Iustiniani in illis verbis. *Deindè ex reliqua substantiæ parte, si non suffecerit legitima pars ad dotis, aut ante nuptialis donationis oblationem honestè, & secundum personalem qualitatem, & merita excipere etiam hoc ad restitutionem.* Dũ enim dicit, testatorem omninò excipere debere id, quod necessarium est ad dotis, & donationis constitutionem, non explicat sensum Iustiniani; vt enim Haloander aduertit, prædicta verba hanc reddunt sententiam. *Deindè de reliqua substantiæ parte, si ad dotem, donationemve ante nuptias honestè, & secundum personarum qualitatem commensuratè offerendam, legitima portio non sufficiat, vt tantundem ante restitutionem decerpatur.* Aliud enim est, quod decerpatur, aliud, quod excipiatur ex restitutione. Primò casu portio, quæ doti, & donationi inseruit in fideicommisso continetur. Secundò verò nequaquam.

18 Neque graue videri debet versantibus in foro a vulgata versione recedere; quoniam Nouellæ Iustiniani constitutiones Græco idiomate conscriptę fuerunt, & ideò malè plurimis in locis translatæ fuerunt ab auctore versionis vulgatæ; ipse enim Græcæ linguæ, propter temporum, quibus vixit, barbariem, non magnam peritiam habuit, vt eruditi sciunt, quos errores, vt corrigeret Haloander nouam composuit versionem, in qua sic versatus fuit, vt difficillimum sit eum superare, si credimus Hẽrico Agileo in epistola dedicatoria supplementi nouarum constitutionum Iustiniani, plus itaque tribuendum erit Haloandro, quàm auctori versionis vulgatę; maximè, quia cum eo, in huius loci versione, conueniunt Henric. Agileus, & Henricus Scrimegerus diligentissimi translationis ab Haloandro editæ censores, quorum auctoritas hac in re maior esse debet, quam veterum interpretum, quibus in ijs, quæ ex linguarum peritia pendent parum credendum est, vt admonet Rot. Rom. *par.* 1. *diuers. decis.* 542. *num.* ij. *in nouiss.* quod eo libentius facere debemus, quòd cum Haloandro sentit D. Iulius Cęsar Bulingerus humanarum litterarum in Gymnasio Pisano Professor cum stipendio scutorum Florentinorum mille, vir eruditis notissimus, & litterarum Græcarum, & bonarum artium scientia cum paucis comparandus.

20 Nec te turbent illa verba contextus. *Nihil quantum in illis rebus restitutione valente;* quæ sic se habent apud Haloandrum. *Nihil efficaciæ quantum ad eas res restitutione obtinente.* Nam restitutionẽ nõ valere duplici de causa accidere potest, vel quia noluerit testator, vel quia non potuerit constituere, vt hoc casu restitutio valeat; cumque textus nõ explicet, ex quo capite id fiat, debet intelligi secundum ea, quæ in alijs verbis contextus habentur, & per consequens ad defectum mentis, non potestatis referri debet.

21 Vtque versantes in foro intelligant omninò adhærendum esse Haloandro, perpendant mecum quot incommoda ex vulgata versione sequantur. Primò loco occurrit similitudo generalium hypothecarum, qua Iustinianus vtitur, id enim perperã factum esset, si eius decisio ex necessitate huiusmodi deducitur, vt exposui nu. 5. & sequentibus.

22 Eadem interpretatione reiecta, corruit receptissima DD. opinio, quæ docet prædictæ constitutioni non esse locum, quoties in contractu fideicõmissum fuit constitutum. vide P. Ant. a Petr. *d. q.* 8. *a num.* 440. cum enim debitor non possit se ab obligatione, qua tenetur eximere, vtique non esset cõstituenda differentia, an inter viuos, an in testamẽto fideicommissum constituatur, si necessitas huiusmodi patri iungeretur.

23 Corrueret etiam opinio receptissima, huic constitutioni locum esse etiam ad fauorem eorum, qui nati non erant tempore conditi testamenti, vel vitæ testatoris. vide Thesaur. *decis.* 192. *num.* ij. Menoch. *lib.* 4. *præsumpt.* 190. Peregr. *art.* 42. *num.* 37. Rot. *decis.* 37. *num.* 5. *par.* 1. *diuers. in nouiss.* Cum enim Iustinianus agat de filijs, quibus debetur legitima, vtique non potest, nisi per extensionem, constitutio trahi ad eos, qui nati fuerunt post eius mortem, hoc autem fieri non potest, retenta prædicta interpretatione, quia cum hi extraneorum loco sint, *l. Titius, ff. de suis, & legit.* nulla respectu eorum potest considerari obligatio; & etiam si testator,

ſtator, ſi eo viuente nati fuiſſent, in hanc incidiſſet obligationem, quia aliud eſt eum obligatum fuiſſe, aliud eum potuiſſe obligari.

24 Corrueret denique alia recepta opinio, nempè, huic conſtitutioni non eſſe locum, cum is qui grauatus eſt, non tenetur dotem dare mulieri, quæ petit ſibi ex fideicommiſſo dotem conſtitui. vide Pereg. *art. 48. num. 55.* Petr. *q. 9. num. 399. verſ. & ratio.* etenim hoc admiſſo eſſet in poteſtate teſtatoris eludere obligationem, quæ ſibi a lege iniungitur extraneum inſtituendo, eumque rogando, vt ſtatim ſine detractione hæreditatem reſtitueret, quod iuris rationi aduerſatur *l. filiusfamilias, §. Diui, il ſecondo, de leg. 1.*

Corruunt inquam prædictæ reiectæ traditiones, ſi vulgatam verſionem ſequamur, quas tamen facilè eſt defendere, retenta Haloandri verſione. Cum enim tota hæc res pendeat ex veriſimili mente teſtatoris; vtique, cum ipſe inter viuos fideicõmiſſum conſtituit, oſtendit enixè ſe cupere, vt fideicommiſſum permaneat, & ideò haud facilè eſt aſſerere, eum voluiſſe ex cauſa dotis alienari; cumque teſtator relinquit fideicommiſſum ei, qui non tenetur mulieres, quæ dotem petunt, dotare, oſtẽdit ſe magis eum, quam ipſas diligere, ergo earum cauſa noluit fideicommiſſum minui. Tandem, cum ad ſplendorem familiæ pertineat, eos, qui poſt teſtatorem nati ſunt, honeſtè nubere, eorum quoque cauſa fideicommiſſum alienari voluiſſe teſtatorem veriſimile eſt.

An is, qui filia ex fideicommiſſo conſtituit dotem, debeat eam ad ſe reuerſam reſtituere, ſi nullæ ſuperſunt ex matrimonio reliquiæ; & quid ſi diues efficiatur? Cap. XXVIII.

1 EVm, qui dotem filiæ ſuæ ex fideicommiſſo conſtituit, ſi eam recuperauerit, teneri illam reſtituere, ſi nullæ ſuperſint ex matrimonio reliquiæ, communis eſt DD. opinio. vide Menoch. *lib. 4. præſumpt. 189. num. 189.* Peregr. *de fideicom. art. 48. num. 20.*

Mouentur ratione multiplici, & primò, quòd pater hoc casu cenſetur rogatus reſtituere, quod ſupererit detractis dotibus, & donationibus propter nuptias, *l. mulier. §. cum proponeretur. ff. ad S.C. Trebel.* vbi Alex. Bar. *in l. a filia, n. 3. verſ. probo, eod. tit.* vbi Alex. *num. 18. in fine.* Peregr. *art. 42. nu. 22.* ergo cum dotem recuperauit, eam tenetur reſtituere; ſcriptum eſt enim, eum, qui rogatus fuit reſtituere, quod ſupererit teneri rem alienatam reſtituere, ſi ad manus ipſius redierit, *l. Imperator 72. §. fin. ff. de leg. 2.*

2 Secundò mouentur *ex l. ſi ſocius pro filia, ff. pro ſoc.* vbi Iuriſconſultus agens de pacto inter ſocios inito, vt de bonis communibus dos filiabus conſtitueretur, inquit. *Cæterum ſi numeratam dotem pater, defuncta in matrimonio filia, recuperaſſet, reddi pecuniam ſocietati debuiſſet, pactum ex æquitate ſic nobis interpretantibus.* Eidem enim interpretationi locus eſſe videtur in caſu noſtro, hac enim ratione cum minori damno eorum, quibus fideicommiſſum reſtituendum eſt, mulieribus conſulitur.

3 Tertiò, temporalis cauſa temporalem effectum parit, *l. adigere, §. quamuis, de iur. patr.* priuilegiumque ex cauſa paupertatis conceſſum ceſſante paupertate ceſſat, *l. cura, §. deficientium, de muner. l. his oneribus, §. auctis, ff. de vac.* ergo priuilegium conceſſum a Iuſtiniano deducendi dotem ex fideicommiſſo, eatenus durare debet, quatenus matrimonium, & cauſa dotis durat; ergo, ea ceſſante, ceſſabit, & per conſequens locus erit reſtitutioni in caſu de quo agitur.

4 His nihil morantibus contrariam ſententiã amplector motus ex verbis conſtitutionis Iuſtiniani, dum ait, *Sancimus enim ſecundum hunc modum excipi omnibus modis ex reſtitutione nuptialia documenta, & factas alienationes, vel hypothecas, & ſi grauata ſit perſona viri, vel mulieris reſtitutione tali liceat ei etiam nuncupatam ante nuptialem donationem offerre, nihil quantum in illis reſtitutione valente.*

Vides Iuſtinianum clarè aſſerere nihil reſtitutionis onus valere reſpectu rerum pro dote, vel donatione alienatarum, ergo, cũ recuperatæ fuerint res hac de cauſa alienatæ, non debent reſtitui, alias falsũ eſt, nihil quò ad iſtas res reſtitutionẽ valere.

5 Dicent aduerſarij hoc intelligendum eſſe durante matrimonio, exiſtentibuſque ex eo reliquijs, ſed hoc eſt legem cõdere, non interpretari; ſi enim Iuſtinianus noluiſſet indiſtinctè, reſtitutionem quo ad has res non valere, ſed durante tantum matrimonio, hoc expreſſiſſet, aliud enim eſt fideicommiſſum, quo ad res ex cauſa dotis, vel donationis propter nuptias alienatas nihil valere; aliud nihil valere durante matrimonio. Solet Iuſtinianus plurimis verbis in nouellis conſtitutionibus vti, idque etiam in hac conſtitutione fecit, multa enim non neceſſaria pluribus verbis declarat, & ideò meritò notandus eſſet, ſi vera eſt huiuſmodi expoſitio, quod in rebus non neceſſarijs verba effundat, in ijs verò, quæ rei ſubſtantiam tangunt, elinguis ſit. Ni-
6 hil eſt, quod magis proprium ſit legis, quam claritas, vt ait Iuſtinianus, *in Auth. de imperf. teſta. in initio,* quis ergo credat eum, vt duobus verbis parceret, indiſtinctè in hac re locutum fuiſſe, ſi cum diſtinctione eſſet accipienda? Principes, dum leges condunt, non enigmata conſcribunt, ſed regulas iuſti, atque iniuſti ciuibus præſcribunt, q̃ ppea ita ſcribi debent, vt facilè intelligi poſſint, *l. leges ſacratiſſimæ, C. de legib.* Et ideò verba generalia legũ reſtringi non debent, niſi ex lege generaliter accepta non leue incommodum ſequatur, vel niſi lex aliqua id faciat, quod ſi noſtri obſeruaſſent, nobis non supereſſet tanta falſarum opinionum ſeges, qua de re alibi.

7 Vtque intelligas reſtrictionem prædictam a mẽte Iuſtiniani recedere, perpende verba ſequentia, dum inquit. *Si enim, & ante nos ex generalibus hypothecis plurima per præſumptionem exceperunt, cum vtique nobis non ita neceſſaria conſiſtant, quomodò nõ nos ex maiori, & meliori ſententia nuptialium lucrorũ exceptionem faciemus?*

Oſtendit his verbis Iuſtinianus, ſe maiori, & vrgentiori ex cauſa ex reſtitutione dotem, & donationem excepiſſe, quã veteres legiſlatores olim multa ex generalibus hypothecis exceperint; ergo, cum exceptio ex generalibus hypothecis facta, perpetua ſit, *l. 1. C. quæ res pign. cum ſimil.* notandus eſſet

ſet Imperator, ſi exceptio dotis,& donationis non eſſet perpetua, quia cũ profiteatur maiori ex cauſa hanc factam fuiſse, magnam nobis reliquit occaſionem credendi, hanc quoque exceptionem perpetuam eſse.

8 Hancq́ue opinionem omnino eos tenere oportet, qui verſioonem vulgatam ſequuntur in illis verbis. *Saucimus ſecundum hunc modum excipi modis omnibus ex reſtitutionibus nuptialia documēta.* Si enim excipiuntur hæ res ex fideicommiſſo, in eo nunquam comprehenſæ fuerunt, ergo nullum ius fidei commiſſarijs competere poteſt; nec dicas, has res excipi durante matrimonio, quia aut, dum teſtamentum conditur in reſtitutione continentur, aut non continentur; ſi continentur, ergo falſum eſt, documenta nuptialia ex reſtitutione excipi; ſi verò tunc non fuerunt in eo comprehenſæ, ergo nunquã competijt actio fideicommiſſarijs ad illas perſequendas.

9 Eandem etiam opinionem eos tenere oportet, qui aſſerunt, hanc conſtitutionem in neceſſitate dotandi, & donationem conſtituendi fundatam eſſe, quoniam teſtator fideicommittendo non præiudicat creditoribus, *l. filiusfamilias, §. Diui il* x. *ff. de leg.* 1.

Ad primum argumentum partis aduerſæ haud difficilè eſt reſpondere, ſcilicet falſum eſſe, patrem cenſeri rogatum reſtituere id quod ſupererit in caſu de quo agimus, vt infra a num. 12.

10 Quod pertinet *ad l. ſi focius pro filia.* Animaduertendum eſt agi in ea de pacto facto inter ſocios, nos verò agimus de interpretatione conſtitutionis Iuſtiniani; & ideò, niſi oſtendant aduerſarij ijſdem verbis fuiſſe conſcriptum pactum, quibus vtitur Iuſtinianus, vel æquipollentibus, non poteſt argumentum indè deduci, tota enim hęc res ex mēte dependet, quæ ex verbis elicitur.

11 Ad tertium reſpondeo diſtinguendo tempora; aut enim agimus de tempore præterito, aut de tempore futuro, reſpectu temporis futuri, verum eſt ceſſante cauſa priuilegij ceſſare priuilegium, & ita loquuntur iura ex aduersò allegata, ſed reſpectu temporis præteriti ſecus eſt. Etenim videmus priuilegia doti conceſſa propter liberorum procreationem, *l.* 1. *ff. ſolut. matr.* non ceſſare etiam ſi mulier vidua maoeat reſpectu temporis præteriti, quia quæ facta fuerunt durante matrimonio firma manent. Ea quoque, quæ milites, dum in militia eſſent perfecerunt iure militari, non retractantur, etiamſi milites eſſe deſierint; & hoc eſt, quod noſtri dicere ſolent, ceſſante cauſa non ceſſare effectum perfectum & conſumatum. vide Tiraquel. *in tract. ceſſan. cauſ. limit.* 12. ergo argumentum nihil contra nos vrget, quia agimus de tempore præterito, & de actu perfecto, & conſumato.

12 Oſtendamus modò, perperam ſentire illos, qui aiunt, eum qui dotem ex fideicommiſſo detraxit ſimilem eſſe hæredi rogato riſtituere quod ſupererit, auctores huius ſententię mouentur *ex l. mulier, §. cum proponeretur, ff. ad S.C. Trebell.* cuius hæc verba ſunt.

Cum proponeretur quidam filiam ſuam hæredem inſtituiſſe, & rogaſſe eã, vt ſi ſine liberis deceſſiſſet, hęreditatem Titio reſtitueret, eamq́ue dotem dediſſe marito certæ quantitatis, mox decedens ſine liberis hæredem inſtituiſſe maritum, & quæreretur, an dos detrahi poſſit; dixi non poſſe dici in euerſionem fideicommiſſi factum, quod & mulieris pudicitiæ, & patris voto congruebat. Quare dicendum eſt dotem decedere, hac ſi quod ſuperfuiſſet rogata eſſet reſtituere.

13 Ab hac ſententia nos retrahit auctoritas Iuſtiniani *in § quamobrem, Auth. de reſtit. & ea quæ par. in* 11. *menſ.* dum diſertè ſcribit nihil reſtitutionem valere quò ad dotem, & donationem propter nuptias; ſi enim intelligeretur is, qui dotem cõſtituit ſic rogatus reſtituere, plurimum reſtitutio circa has res valeret, *l. Imperator, §. fin. ff. de leg.* 2. *Auth. niſi rogati, C. ad S.C. Trebell.*

Et hanc opinionem eos ſequi oportet, qui *in d. §. quamobrem*, ſequuntur vulgatam lectionem in illis verbis, *Sancimus ſecundum hunc modum excipi modis omnibus documenta nuptialia*, falſum enim eſſet hæc ex reſtitutione excipi, ſi rogatus cenſeretur reſtituere, quod ſupererit.

14 Ad §. cum proponereturr, eſpondeo textum huiuſmodi loqui antequam conſtitutio Iuſtiniani edita fuiſſet. Ratio differentiæ in eo conſiſtit, nam ante conſtitutionem, non aliter dos ex fideicommiſſo deducebatur, quam ſi conſtaret de mente teſtatoris; & ideò non indiſtinctè licebat hoc facere, ſed eo modo, quo placuiſſe teſtatori probaretur; itaque cum eo caſu teſtator, qui de nuptijs filię cogitauerat, vniuerſa bona fideicommiſſo ſubieciſſet, euidens erat, eum voluiſſe filiam nubere ſaluo, ſi fieri poſſet, fideicommiſſo; non eſt ergo mirum, ſi filia cenſeatur rogata reſtituere, quod ſupererit detracta dote, quodq́ue non liceat fideicommiſſum alienare pro dote, ſi ex fructibus eam ſibi conſtituere potuiſſet; ſed hoc non eſt trahēdum ad hæc tempora, quia cum conſtitutio Iuſtiniani ſufficiat, vt dos ex fideicommiſſo detrahatur abſque probatione voluntatis teſtatoris, is, qui eius beneficio vtitur, poteſt eo modo detrahere dotem, quo Iuſtinianus ſanxit, niſi appareat teſtatorem aliter diſpoſuiſſe; cum ergo probatum fuerit Iuſtinianum voluiſſe, vt res cauſa doris ex fideicommiſſo detractæ, vinculo fideicommiſſi liberentur, ſequitur, eum qui dotem filiæ ex fideicommiſſo conſtituit, non obligari ex conſtitutione ad eam vllo vnquam tempore reſtituendam.

15 Auctoritati eorum, qui contrariam ſententiam ſequuntur oppono, illos, qui aſſerunt in fideicommiſſo nunquam fuiſſe contenta ea, quæ pro dote, & donatione ſunt neceſſaria, videlicet Bart. *in Authent. res quæ, nu.* 5. *verſ. nam in eo, C. commun. de leg.* vbi Caſtr. *num.* 10. *verſ. quatenus*. Mantua *num.* 41. Bart. *in l. a filia, num.* 3. *verſ. & ſi vnquam, ff. ad S.C. Trebell.* vbi Alex. *num.* 12. *in princ.* Caſtr. *in d. §. cum proponeretur, num.* 4. *in fine*. Dec. *conſ.* 519. *num.* 5. Menoch. *lib.* 4. *præſumpt.* 189. *num.* 45. ſi enim nunquam hæc bona in fideicommiſſo contenta fuerãt, quomodò hæres ea rogatus videtur reſtituere? Rogatus autē proculdubio eſſet, ſi prædicto modo reſtitutioni fuiſſent obnoxia, *l. Imperator, §. fin. ff. de leg.* 2. *Auth. niſi rogati, C. ad S.C. Velleia. l. Titius, ad S.C. Trebell.*

16 Patrem, qui ex fideicommiſſo dotem detraxit (hæc eſt altera dubitatio) ad fauorem filiæ debere id,

id, quod detraxit reſtituere, ſi diues efficiatur ſcripſerunt Ruin. *conſil.* 137. *num.* 19. *lib.* 2. Petra *de fideicommiſſ. quæſt.* 8. *num.* 461. Peregrin. *num.* 70. *art.* 42.

18 Mouentur, quia, cum officium paternum ſit dotare filiam, *l. qui liberos, ff. de rit. nupt. l. fin. C. de dot. promiſſ.* æquum eſt, vt pater id reſtituat fideicommiſſo, quod pro dotæ filiæ ex eo detraxit, ne locupletetur cum aliena iactura aduerſus omnem æquitatis rationem; neque enim debet alteri per alterum iniqua conditio inferri, *l. non debet, de regul. iur.*

19 Secundò mouetur Peregr. ex doctrina Abbatis *in c. ſi quis, de furt.* dum docet, eum qui furatus fuit tempore neceſſitatis, teneri rem reſtituere, ſi facultatem reſtituendi fuerit conſecutus.

20 Contrariam ſeutentiam ſequor, quia Iuſtinianus reſtitutionem, quo ad res alienatas ex cauſa dotis nihil valere, ergo pater, de quo agimus, non tenebitur id, quod detraxit reddere, alias reſtitutionis onus plurimum circa has res, valeret.

21 Secundò conſtat, eum, qui in caſu permiſſo alienauit fideicommiſſum, ad nihil teneri, quia iure ſuo vtitur. vide Peregrin. *art.* 40. *num.* 45. Ergo pater nihil præſtare tenetur, cum permittente Iuſtiniano dotem conſtituerit ex bonis reſtitutioni obnoxijs, & hoc eſt quod omnem tollit ex hac re iniquitatem, & facit ceſſare diſpoſitionem *l. ſi me, & Titium, ff. ſi cert. pet.*

22 Ad argumentum primo loco adductum reſpondeo, debere patrem dotare de ſuo filias, cum poteſt, eo enim caſu, quo non poteſt licitum eſt ei ex conſtitutione Iuſtiniani id facere ex bonis ſubiectis fideicommiſſo, quod cum fecerit, non dicitur locupletari cum iactura fideicõmiſſariorum, quia fideicommiſſum ſub tacita conditione reſtitui debet, ſi non erit neceſſe res reſtitutioni obnoxias in dotes impendere, & ideò pater non dicitur iniquè agere, dum non reſtituit id, quod detraxit; quia nec lex, nec teſtator id iubet.

Secundò argumento reſpondeo, Deum, qui dedit nobis vitam, velle, vt illam conſeruemus, & propterea dat facultatem cuique his rebus, quæ propter nos creatæ fuerunt, vtendi pro modo neceſſitatis, quod preclarè docet D. Ambroſ. *in c. ſicut, 47. diſtinct.* dum ait. *Nunquid iniquus eſt Deus, vt nobis æqualiter non diſtribuat vitæ ſubſidia?* Et ideò diſtinctio dominiorum ad hunc caſum non pertinet, quia non potuerunt gentes ſibi, & futuris hominibus adimere facultatem cõſeruandi vitam, quod eſt illud quod dici ſolet, tempore neceſſitatis omnia ſunt communia; qui ergo re ab alio poſſeſſa, pro modo neceſſitatis vtitur, non re aliena, ſed re communi ad vſum deſtinatum vtitur, ergo non tenetur ad reſtitutionem, nec peccat, quod eſt illud quod inſinuat tex. *in c. diſcipulos, 5. diſt. de conſecrat.* dum ait. *Diſcipulos dum per ſegetes tranſeundo vellerent ſpicas, & ederent, & ipſius Christi vox eos innocentes vocat, quia coacti fame hoc fecerunt.* Itaque qui reſtitutionis onus imponunt intelligendi ſunt, vbi apparenter magis, quam verè neceſſitas eſt; necnon quando modus neceſſitatis non fuit ſeruatus, & ita intelligitur tex. *in c. ſi quis, de furt.* a gloſ. ibi, & a Doctoribus communiter.

Auctoritati eorum, qui contrarium ſcripſerunt oppono eorum auctoritatem, qui docent, res ad dotem neceſſarias nunquam in fideicommiſſo fuiſſe comprehenſas. Bart. *in Auth. res quæ, num. 5. verſ. nam in eo, C. commun. de leg. in l. a filio, num. 3. verſ. & ſic nunquam, ff. ad S. C. Trebell.* vbi Alex. *num.* 12. *in print. cum alijs relatis num.* 15. etenim apertè ſentiunt, patrem hoc in caſu nihil præſtare debere fideicommiſſarijs, quod enim in fideicommiſſo non continetur nequeunt vllo caſu poſtulare fideicommiſſarij.

Mulier, quę ex fideicommiſſo dotem conſecuta fuit, an poſſit nullis extantibus filijs eam teſtando, cui velit relinquere quo ad eam partem, quæ legitimam excedit; &, An tranſmittatur ius deducendi dotem ad heredes? Cap. XXIX.

1 MVlierem, quæ ex fideicommiſſo dotem conſecuta fuit, non poſſe eam partem, quæ legitimam excedit, teſtãdo, cui velit relinquere, ſed teneri eam fideicõmiſſarijs reddere docuerunt Bal. Corn. Curt. & alij, quos ſequitur Pereg. *de fideicom. art. 42. num.* 28.

2 Mouentur primò, quia res ex fideicommiſſo, ex cauſa dotis detractæ fuerunt, ergo licebit eis retinere, quatenus hæc cauſa durat, nec amplius, *l. indigere, §. quamuis, de iur. patron.*

3 Secundò, quia hac ratione conſulitur, & mulieri, & fideicommiſsarijs, ergo id conſtituit Iuſtinianus, profitetur enim ſe nolle fideicommiſsa nimium lædere:

4 Tertiò, adducitur tex. *in c. Rainutius, de teſtam.* vbi dos ex fideicommiſſo conſtituta, repetitur poſt mortem mulieris.

5 Quartò, donatio propter nuptias ex fideicommiſso conſtituta, ſoluto matrimonio manet reſtitutioni obnoxia, *vt in §. quamobrem, Auth. de reſt. & ea quæ par. in* 11. *menſ.* ergo idem eſt dicendum reſpectu dotis; eodem enim modo Iuſtinianus in eius conſtitutione circa donationem, & circa dotem verſatur.

6 Contrariam ſententiam poſt Caſtr. *in d. Auth. res quæ, num. 5. C. commun. de leg.* tenent noſtri communiter, vt patet ex Peregrin. *d. art. 42. num. 27. in fine*, quam ego probo, quia Iuſtinianus *in d. §. quamobrem*, ait, quo ad res ex cauſa dotis alienatas, reſtitutionem nihil valere, ergo mulier non tenebitur eam reddere, alias plurimum reſtitutio circa has res valeret.

7 Nec dicant aduerſarij, intelligendum hoc eſſe, muliere viuente, & cum adſunt reliquiæ ex matrimonio, cuius cauſa alienatio conceditur; quia Iuſtinianus in hac conſtitutione multis vtitur verbis, & ideò hoc non ſubticuiſſet, neque dixiſſet, quò ad iſtas res nihil reſtitutionem valere; aliud enim eſt fideicommiſſum circa iſtas res non habere vim; aliud non habere vim quouſque ſupereſt mulier, vel filij ex ipſa. vide ſcripta c. antecedenti, num. 4. 5. 6. & 7.

8 Ad primum reſponſio colligitur ex dictis c. antecedenti, num. 9.

Ad ſecundum verò dico, id quidem potuiſſe fieri a Iuſtiniano, ſed factum fuiſſe negamus, cum nul-

lum.

dum verbum de hoc in constitutione repetiatur, immò contrarium satis clarè in ea habetur, dū ait Iustinianus, restitutionem ex causa dotis circa res alienatas nihil valere.

9 Ad tertium dico, mulierem non dedisse in dotē bona fideicommisso subiecta ex dispositione constitutionis, de qua agimus, cum in textu dicatur, eā hæredem bonorum omnium suisse; huic enim constitutioni locus non est, cum mulier aliundè dotem habere potest.

10 Ad quartum respondeo, diuersam rationem esse inter donationem, & dotem; donatio enim propter nuptias fit, vt duret quousque matrimonium durat; dos verò datur, vt apud mulierem maneat etiam post matrimonium, qua de causa eius patrimonium appellatur, *l. assiduis, C. qui pot. in pign. habe. & alibi*. Et hæc de prima quæstione satis; nunc accedo ad secundam.

11 Transmittere mulierem ius deducendi dotem ex fideicommisso ad hæredes censuit Bald. *& post eum* Ias. *in Auth. res quæ, C. commun. de leg. nu. 31. vers. octauò extende*, & ibi Mantua *num. 43.* & alij relati a P. Ant. Petr. *de fideicomm. q. 8. num. 447.*

12 Fundamentum huius sententiæ positum est *in l. quanquam, C. ad leg. Falcid.* vbi ius deducendi Falcidiam ad hæredes transmittitur, ergo multò magis id debet dici in casu nostro, in quo res necessariæ pro dotis constitutione in fideicommisso non continentur, vt docent Bart. *in d. Authen. res quæ, num. 5. vers. nam in eo*, vbi Castr. *num. 10. vers. quatenus*. Mantua *num. 42.* Menoch. *lib. 4. præsumpt. 189. num. 45.* qui alios refert.

13 Contrarium sentio cum Curt. iun. *in d. Authen. res quæ, num. 12. & num. 24. vers. tamen in hoc proposito*, cum quo concordant ibi Ant. de Padil. *nu. 71.* & P. Ant. a Petra *de fideicommiss. q. 8. nu. 449.*

Fundamentum consistit *in regul. l. fin. C. commu. de leg.* non licere scilicet restitutioni res obnoxias alienare; ab hac enim regula, cum non reperiatur exceptus casus, de quo agimus, is vtique sub regula manebit.

14 Neque huc trahas constitutionem Iustiniani *in §. quamobrem, Authen. de rest. & ea quæ par. in 11. mens.* quia ibi conceditur alienatio pro constitutione dotis, & donationis propter nuptias; dos enim consistere non potest, vbi nō adest matrimonium, *l. 3. ff. de iur. dot.*

15 His accedit, nullam afferri posse causam idoneā, quæ Iustinianum defenderet, si ita constituisset, neque enim necessitatis ratio, vel præsumptæ voluntatis applicari potest, neque ratio publicæ vtilitatis, quæ solent allegari a Doctoribus, dum exponunt, cur sic fuerit constitutum, vt ostendi cap. 27.

16 Ad primum argumentum partis aduersæ respōdeo, latum esse discrimen inter rem nostram, & Trebellianicā, Falcidiamque statim enim ac quis hæreditatem adijt, acquisiuit perfectè ius deducendi Falcidiam, vel Trebellianicam, at mulier, quæ nubilis est, acquisiuit solum ius dotem ex fideicommisso consequendi, cum nupserit, in hoc enim tempus confertur id, quod dotis nomine datur, *l. Titio centum, §. Titio genero, de condit. & demonstrat. vers. ante nuptias*, idque in constitutione, de qua agimus necessariò intelligitur, quoniam nulla ratio esset, cur Iustinianus ita constituisset; & quia Iustinianus vult, congruam dotem deduci, quod intelligi non potest, nisi inuenta sit persona, cui mulier nubat, *l. cum post, §. gener, ff. de iur. dot.*

17 Ad id quod dicebatur res pro dote necessarias, nunquam in restitutione fuisse comprehensas, duplicem affero responsionem; & primò loco dico, eorum, qui ita sentiunt, opinionem falsam esse, tex. enim *in d. §. quamobrem*, dum in vulgata editione dicit, dotem modis omnibus excipi, malè exprimit sententiam Iustiniani, vt exposui cap. 27. num. 16. cum sequentibus.

18 Auctoritatique eorum, qui ita docuerunt, illos oppono, qui scripserunt fideicommissarium hoc in casu censeri grauatum id, quod supererit detracta dote restituere, qui nec pauci sunt, nec obscuri nominis, quos recenset Peregr. *art. 42. nu. 21. vers. interpretatio*; non est enim dubitandum, eum qui prędicto modo fideicommittit, omnia bona restitutioni subijcere, *l. Titius, ff. ad S. C. Trebell.* & ideò dum sic scribunt, eorum opinionem reijciunt, qui aiunt, dotem necessariam pro dotis constitutione in fideicommisso nunquam fuisse contentam; eandem opinionem reijcit Petr. a Petra *de fideicomm. q. 8. a nu. 369.*

19 Secundò respondeo, horum opinionem intelligendam esse, si modò venerit casus constitutionis dotis, eo enim non veniente, non est dubium, res penes fideicommissarium manere, ergo istorum traditio non pertinet ad quæstionem nostram; negamus enim, casum venisse, quo ex constitutione liceat fideicommissum imminuere.

An pater, qui Trebellianicam, & legitimam consumpsit filiabus, possit dotem ex fideicommisso constituere; & an dos deducatur ex fideicommisso ad fauorem filiæ nuptæ. Cap. XXX.

1 SI pater legitimam, & Trebellianicam profligauerit, non posse tunc ex constitutione Iustiniani dotem ex fideicommisso detrahere ad fauorem filiarum, scripserunt post nonnullos Honded. *lib. 1. cons. 76. num. 15.* Peregr. *de fideicomm. art. 42. num. 71.* & ex eo mouentur, quod cum culpa sua in has inciderit angustias, ei non est subueniendū, *l. si fideiussor, §. 1. & ibi glos. ff. qui satisdar. cogan.*

2 Contrarium verius puto, quia nec verba Iustiniani *in d. §. quamobrem*, nec ratio, qua motus fuit, huic opinioni conueniunt.

Non verba, quia generalia sunt, nec enim vlla mentio fit huius restrictionis, immò data opera hunc casum continere voluisse videtur, dum ait licere, dotem ex fideicommisso detrahere, si bona libera non extent, ex quibus dos constitui possit; cum enim non exprimat, hoc ita demum procedere, si pater, qui vult dotem constituere ex fideicōmisso, bonis liberis careat sine sua culpa, vtique nō voluit constituere, vt hoc sit necessarium; multus enim est Iustinianus in explicandis ijs, quæ nouè constituit, nec verbis parcere solet, idque in hac constitutione fecisse, ex eius lectione liquet.

3 Ratio etiam, qua motus fuit ad ita constituendum, hanc reijcit opinionem, quoniam si dixeris,

eum niti mente præsumpta testatoris, vt verius est, dicam, hanc præsumptionem non aliundè deduci, quam ex eo quòd mens eius est splendorem in familia conseruare, & ideò non est verisimile eum voluisse auferre facultatem honestè nubendi fœminis ex se descendentibus, cum hoc ad familiæ splẽdorem conseruandum oportunum sit, vt exposui c.17.a num.7. Itaque huiusmodi ratio hunc casum sine dubio continet.

4 Si verò dixeris, in necessitate dotandi hanc constitutionem fundatam esse, vel in vtilitate publica, facilius erit nostram opinionem tueri; nam & hoc casu eadem necessitatis, & publici commodi ratio viget; quis enim dubitat, auũ, si viueret, obligatum esse, dotem nepti dare? expedireque Reipublicæ mulierem nubere?

5 Ad argumentum partis aduersæ respondeo, in fauorem patris hanc constitutionem non fuisse principaliter factam, licet in consequentiam ei vtilis sit, sed eam introductam fuisse, vel in fauorem mulierum principaliter, vel familiæ testatoris, cuius interest, mulieres ex ea natas honestè nubere.

6 Dixi hoc alternatiuè, vt eorum inseruiam opinioni, qui in necessitate dotandi hanc constitutionem fuisse fundatam dicunt; hac enim sententia retenta, non possumus inficiari, in fauorem mulierum principaliter hanc constitutionem fuisse factam. An autem hæc constitutio sibi vendicet locum in filia nupta, nunc videndum est.

7 An fœminæ nuptæ dos ex fideicommisso constitui possit ex constitutione Iustiniani, controuertitur, Bar. enim *in Authen. res quæ, num.6. C. comm. de leg.* negatiuam sequitur, & cum eo ibi Fulgos. *num.*5. Salic. *num.*3. Corn. *num.*2. *in fine.*

8 Contrarium alij sequuntur Castr. *ibi num.*7. Ias. *num.*14. Curt. iun. *num.*15. Ant. de Padill. *num.* 72. cum alijs, de quibus Petra *de fideicom. q.*8. *nu.* 455. Menoch. *lib.*4. *præsumpt.* 189. *nu.* .. Peregr. *de fideicomm. art.*42. *num.*39.

9 Communis sententiæ fundamentum primum est, quod necessitas imposita a lege parentibus dotandi filias pertinet etiam ad eas filias, quæ nuptæ sunt, glos. *in l. obligamur, vers. lege, ff. de act. & obligat.* Alex. *in l.*1. *num.*31. *ff. solut. matrim.* vbi Ripa, *num.*56. Socin. iun. *num.* 227. Petrus Barb. *p.*4. *nume.* 27. Alexan. *cons.*7. *num.*10. *lib.*2. Tib. Decian. *cons.*70. *num.*13. *lib.*1. Surd. *de aliment. tit.*1. *q.*32. *num.* 18.

Secundum fundamentum est, quia mulier dote carens male a viro tractabitur, nec poterit iterum nubere si vidua fiat.

10 Verum hæc leuia sunt, & nullius plane momẽti. Nam quod pertinet ad primum fundamentũ, in primis falsum est patrem teneri dotẽ dare filiæ nuptæ, vt docui lib.3.c.11. Deinde dictæ opinio-
11 nis sequaces agunt de obligatione, qua regulariter parentes tenentur dotare filias; nos autem agimus de obligatione extraordinaria, quæ patri iniungitur dotandi filias vltra vires legitimæ, quæ, cum ex eo oriatur, quod aliter non potest filia honestè nubere, Menoch. *lib.*4. *præsumpt.* 189. *num.* 103. *in fine, &* 104. Tib. Decian. *cons.*78. *num.* 16. *lib.*5. & exploratum est, consequens est huiusmodi sententiam non posse applicari ad casum nostrum, in quo filia nupta est, quibus accedit, constitutionem Iustiniani non esse fundatam in necessitate dotandi, vt suprà c.27. explicaui, sed in præsumpta mente testatoris.

12 Secundum etiam fundamentum leue est, quod verendum sit, ne mulier male a viro tractetur, si dotem non habeat, nam in primis id negari potest; cum enim eam sine dote duxerit ostendit se de dote non esse sollicitum; experientia enim docet eos, qui ducunt vxorem, cũ de dote solliciti sunt, prius de dote conuenire, quam sponsalia contrahant. vide ea, quæ scripsi libro 3. c. 11. num. 6.

13 Secundò dico, incommodum mulieris non esse sufficiens ad detrahẽdum iuri eorum, qui ad fideicommissum vocati sunt, quoniam Iustinianus nullam eius mentionem fecit; & ideò interpretes, dũ rationem huius constitutionis afferunt, huius incõmodi mentionem non faciunt, & iure meritò, nam incommodum particulare alicuius mulieris non erat sufficiens ad detrahendum iuris fideicommissariorum, quia par in parem non habet imperium, & ideò sola vtilitas publica efficere poterat, vt iuri fideicommissariorum derogaretur, quod Iustin. *in dicta constitutione, §. quamobrem,* clarè insinuat, dũ inquit, *ea, quæ omnibus conducũt his præferimus, quæ aliquibus vtilia sunt.*

14 Et eo magis hæc admittenda sunt, quia in potestate mulieris est diligentia, obsequio, & amore, beneuolentiam mariti sibi conciliare.

Quòd verò dicebatur eã mortuo primo marito non esse inuenturã virum, quia dote caret, non obstat, quia incertum est, an superstes viro futura sit, & an tunc nubere velit, & an tunc virum reperire possit sine dote, & ideò exitus rei expectandus est; non debet enim fideicommissarij ius diminui ob id, quod incertum est.

15 Contrariam ergo opinionem cum Bartolo retinendam esse existimo, motus, quia constitutio Iustiniani detrahens in damnum fideicommissariorum, dotem, ex fideicommisso, sic exponi debet, ne irrationabilis reddatur, & ideò sic explicari debet, vt sine ratione idonea non detrahat iuri fideicommissariorum; ergo non debet sic exponi, vt hũc casum contineat, quia id planè esset sine ratione: etenim ex rationibus, quas Doctores dicunt mouisse Iustinianum ad edendam huiusmodi constitutionem, de quibus suprà cap.17. nulla huic casui applicatur.

16 Prima enim ratio, quæ deducitur ex præsumpta voluntate testatoris, non pertinet ad filiam nuptam, quia huiusmodi volũtas ex eo elicitur, quòd cum testator voluerit familiæ splendorem conseruare, voluisse etiam credendum est dotem ex fideicommisso deduci, cum fœminæ ex eo descendentes aliter honestè nubere non possunt, id enim pertinet ad conseruationem splendoris familiæ, vt ostendi num. 7. hæc enim ratio cessat in muliere de qua agimus, cum virum habeat.

17 Secunda ratio deducta ex necessitate dotandi quoque cessat in casu nostro, quia in eo fundata est, quòd aliter filia honestè nubere non potest, vt exposui supra num.5.

18 Tertia ratio deducta ex publica vtilitate, & ipsa deficit, quia vtilitas huiusmodi in eo consistit,

ne

ne mulieres maneant ſine marito, quod in caſu noſtro non accidit, quia mulier virum habet.

19 Et hęc opinio ſine hęſitatione retinēda eſt, quoties mulier nupſit ſine conſenſu patris, quem ſecūdum iuris ciuilis ſanctiones expectare debebat; nā cum hoc caſu nec dos, nec matrimonium, nec filij legitimi conſiderentur ſecundum iuris ciuilis conſtitutiones, *§. ſi aduerſus, Inſt. de nupt. l. Paulus, ff. de ſtatu hom.* incredibile eſt Iuſtinianum voluiſſe dare hoc in caſu facultatem deducendi dotem ex fideicommiſſo.

20 Et licet iure Pontificio cautum ſit, vt filij ſine conſenſu patris poſſint nubere, nō tamen id nocet. Primò, quia non ſequitur ius Pontificium approbat has nuptias, ergo eas exiſtimat dignas priuilegio deducendi dotem ex fideicommiſſo pro familiæ conſeruatione conſtituto. vide tex. *in c. honorantur, 30. q. 1. in princip.*

21 Secundò, quia non valet conſequentia, matrimonium validum eſt, ergo dos ex fideicommiſſo deduci poteſt; hoc enim accidens eſt ad matrimonium, & ideò non valet conſequētia Canones permittunt nubere ſine conſenſu patris, ergo permittunt dotem ex fideicommiſſo deducere.

22 Poſtremò animaduertendum eſt, licet matrimonium pendeat ex ſpirituali auctoritate, dotem tamen, cum matrimonij ſubſtantiam non attingat, a ſpirituali poteſtate non pendere, niſi quatenus eſſet omninò impeditiua facultatis nubendi.

An dos reſtitui poſſit ex fideicom. cum mulier eius notitiam habuit, & ſciebat bona libera virum non habere, & an totum fideicommiſſum ex cauſa dotis poſſit alienari. Cap. XXXI.

1 SI mulier nubat ſcienter viro non habenti, niſi bona reſtitutioni obnoxia, controuertitur inter interpretes, an tunc liceat dotem ex fideicommiſſo deducere.

In qua quæſtione duas reperio ſentētias. Prima eſt negatiua, quam tenuerunt multi apud Theſ. *deciſ.* 251. apud Menoch. *lib. 4. præſumpt.* 190. *num. 4. verſ. ſecundus caſus.*

2 Affirmatiuam verò ſequuntur alij multi, quos referunt, & ſequuntur Didac. *lib. 3. var. c. 6. num. 10. verſ. quamobrem.* Peregr. *de fideicomm. art. 42. nu. 17. in fine.* Coſta *de facti ſcien. vel ignor. cent. 2. diſtin. 82. a num. 7.*

3 Et hæc poſtrema opinio mihi videtur veriſſima; etenim hoc in caſu habent locum verba conſtitutionis, & omnes rationes, quibus Doctores dicunt Iuſtinianum motum fuiſſe ad ita conſtituendum.

Quò ad verba pertinet facilè eſt id probare, ipſum contextum conſtitutionis legendo tex. nempè *in §. quamobrem, Auth. de reſtit. & ea, quæ parit in 11. menſ.* ibi enim generaliter conſtituitur dotem ex fideicommiſſo conſtitui, & reſtitui poſſe nulla facta diſtinctione, an ſciuerit, an ignorauerit mulier fideicommiſſum extare, & maritum bona libera non habere.

4 Immò, de hoc caſu expreſſè loqui videtur Iuſtinianus, dum permittit donationē propter nuptias in ſubſidium ex fideicommiſſo conſtitui; mulier enim, quæ videt ſibi cōſtitui donationem ex fideicommiſſo, intelligit maritum non habere bona libera, quia donatio ex fideicommiſſo ſolum conſtituitur, cum aliæ non ſuperſunt facultates, facilè inquam hoc mulier intelligere poteſt, cum rationi naturali valdè conſonam ſit maritum, qui bona libera habet, non poſſe ex fideicommiſſo donationem facere.

5 Omnes etiam rationes, quæ a Doctoribus adducuntur ad hunc caſum pertinent. Prima eſt ratio, & vera, quæ ex præſumpta volūtate teſtatoris deducitur, quia ſcilicet non ſit veriſimile teſtatorem voluiſſe claudere viam ſuis deſcendentibus honeſtas nuptias cōtrahendi; hæc inquam ratio abſque dubio hunc caſum complectitur; cum enim teſtamenta poſt mortem teſtatoris aperiantur, & nota fiant, non erat, cur teſtator ſperaret eius fideicommiſſum in lucem non eſſe venturum, & ideò non eſt veriſimile, noluiſſe tunc obligari res reſtitutioni obnoxias pro reſtitutione dotis, cum mulieri notum eſt fideicommiſſum, quia hoc modo impedimento fuiſſet ſuis liberis, ne vxorem, cum magna dote inuenirent.

6 Nec dicas, mulierem, quæ ſcienter nubit viro non habenti bona libera, nupturam fuiſſe etiam, ſi dos ex fideicommiſſo deduci non poſſet, confidit enim moribus, & probitati viri, quia ſępè ſine culpa homines pauperes fiunt, & ideò non eſt indiſtinctè admittendum mulierem nupturam fuiſſe etiāſi dos ex fideicommiſſo deduci non poſſet.

7 Secunda ratio adducta ab interpretibus, habet locum etiam in hoc caſu, neceſſitas ſcilicet impoſita a lege parentibus obligandi bona ſua pro reſtitutione dotis datæ filijs eorum, cum enim nemo fideicommittendo poſſit ſe eximere ab ea obligatione, qua obſtrictus eſt, *l. filiusfamilias, §. Diui il ſecondo, ff. de leg.* 2. conſequens eſt, eandem obligationem adeſſe ſiue fideicommiſſum notum ſit mulieri, ſiue ignotum.

8 Tertia ratio deducta ex publica vtilitate etiam huic caſui applicatur, facilius enim fideicommiſſarij inuenient vxorem cum magna dote, quæ res homines ad nubendum incitare ſolet.

9 Nec prædictis repugnant partis aduerſæ fundamenta, quorum primum conſiſtit *in Auth. de reſtit. & ea quæ paris in 11. menſ. in principio verſ. per deceptionem, & ibi ignoraretur,* vbi Imp. agens de muliere, quę volebat dotem ex fideicommiſſo ſibi reſtitui, inter rationes, quibus nititur, velut præcipuam affert hanc, quia ipſa ignorauit fideicommiſſum adeſſe.

10 Reſpondeo animaduertendum eſſe, ex legibus antiquis non licuiſſe dotes ex fideicommiſſo deducere, cum Imp. ſe id inueniſſe profiteatur, & ideò cum mulier de qua agebat petijſſet ab Imper. vt ſibi liceret dotem ex fideicommiſſo deducere, antequam conſtitutio facta fuiſſet, vt ex ipſo tex. liquet, oportebat eam afferre aliquam rationem, quę Imperatorem moueret ad ſibi ſubueniendum, & cum nulla melior ei occurreret, allegabat ſe a viro deceptam fuiſſe, quia credebat eum bona libera habere, & ideò hanc rationem Imperator in eo caſu conſiderauit, quia nulla alia erat, quæ mulieri ſuffragaretur. Hanc tñ rōnē non conſiderauit in con-

ſtitutione, quam póſtea edidit, cum nullam eius mentionem in ea faciat, quod vtique non prætermiſiſset ſi huius ignorantiæ rationem habuiſset, cum rem multis verbis expoſuerit, & ſolitus ſit rationes exponere, quibus mouetur; & ideò hoc tempore, quo ex lege Iuſtiniani licet dotem ex fideicōmiſso deducere, non eſt opus, rationem ex ignorantia deductam, allegare, ſed ſat eſt conſtitutione Iuſtiniani vti.

11 Secundò, quia mulier ſcienter ſe periculo expoſuit, nubendo viro non habenti bona libera, ergo ei non eſt ſuccurrendum, *l. fideiuſſor, §. 1.* & ibi gloſ. *ff. qui ſatid. cog.*

Nihil eſt; non enim ſequitur maritus non habet bona libera, ergo nō poterit reſtituere dotem, cum veniet tempus reſtitutionis, quia cum nemo iactare ſuum præſumatur, *l. cum de indebito, ff. de prob.* mulier cauſam habet credendi, virum dotem conſeruaturum eſſe, & hoc ſufficit ad excuſandū eam, cur non curauerit, vt ex dote prædia compararet, quod inſuper facere non poterat *per l. 1. & 2. C. ne fideiuſſ. dot. dent.*

12 At dices, mulier nupſit viro, qui ſolitus erat pecuniam largius impendere, ergo ſibi imputare debet, ſi deindè dotem conſumpſerit. Reſpondeo, primò, rationem eſſe particularem, quę propterea non ſatis commodè ad quæſtionem nullam generaliter propoſitam, trahi poteſt. Secundò reſpondeo, experientiam docere multos, ducta vxore, reſipiſcere, & melius pecunias conſeruare propter filiorum charitatem, itaque excuſanda eſt mulier ſi eandem ſpem de viro ſuo habuit.

13 Tertiò aiunt, eum, qui emit ſcienter rem alienā non habere beneficium euictionis, *l. ſi fundum, C. de euict.* ergo nec mulier habere debet beneficium deducendi dotem ex fideicommiſſo, cum ſcienter nubit ei, qui non habet bona libera.

Nihil eſt; nam, vt locus ſit euictioni competenti ex legis beneficio, opus eſt, vt emptor habeat bonā fidem, *l. ſi controuerſia, in princ. C. de euict.* tradit Didac. Couar. *lib. 3. var. c. 17. num. 1. verſ. propter malam fidem*, ergo hæc res ad quæſtionem noſtram trahi non poteſt, cum nullibi cautum reperiatur, in propoſito aliquid tale requiri, vt dos ex fideicommiſſo reſtitui poſſit.

14 Quartò Iuſtin. *in d. Auth. de reſtit. & ea quę parit in 11. menſ.* profitetur, ſe non dediſſe occaſionem fraudandi fideicommiſſarios, *vt in §. hęc igitur;* ergo non permiſit mulieri ſcienter nubenti viro non habenti bona libera, dotem ex fideicommiſſo deducere, quia hoc modo dediſſet occaſionem fideicommiſſario ducendi vxorem cum magna dote, eamque conſumendi in fraudem fideicommiſſi.

15 Nihil eſt, nam in poteſtate noſtra non eſt dotem magnam inuenire, deindè, cum id vergat in damnum filiorum ſuorum, & vxoris, quam homines plerumque multum diligunt, hoc facturos eſſe pleroſque inueriſimilimum eſt, ergo non eſt curandum, *l. nam ad ea, de legibus*, Iuſtinianumque hoc periculum non conſideraiuſſe, ex eo manifeſtum fit, quòd permittit ex fideicommiſſo lucra nuptialia deduci, *vt in dicta conſtitutione, §. quamobrem, in fine*, lucra inquam nuptialia ſecundum quod inter vxorem, & maritum conuenerit; hic enim idē periculum eſt, quod tamen, vt vides a Iuſtiniano non fuit conſideratum.

16 Poſtremò dicunt, quod dum quæritur, an alienatio fideicommiſſi valeat, diſtinguitur an ſcienter facta fuerit, an ignoranter, *l. fin. in fine, ff. de legat. 2. l. finali, in fine, C. commun. de leg.* ergo idem obſeruandum eſt in alienatione fideicommiſſi ex cauſa dotis facta.

17 Reſpondeo in eo, qui ſcienter alienat, vel emit fideicommiſſum, culpam cōſiderari, quia rem alienam ſcienter emit a non habente ius alienandi, meritò cum agitur de validitate eiuſmodi alienationis, diſtinctio adhibetur; exemplo enim perniciosum eſt alienationem rei alienæ mala fide factam confirmari. Non pertinet ergo hoc ad nos, qui agimus de alienatione legis auctoritate facta, in qua mala fides non cadit. Et de hac re ſatis, ad aliam dubitationem accedamus.

18 Si pro conſtitutione, vel reſtitutione dotis alienare oporteat totum penè fideicommiſſum, an locus ſit conſtitutioni Iuſtiniani, explicare oportet; res enim magni momenti eſt.

Et quò ad dotis conſtitutionem pertinet, ſi ad congruam dotem conſtituendam neceſſarium ſit totum fideicommiſſum alienare, id fieri poſſe ſcripſit Bald. *in Auth. res quæ, num. 4. C. commun. de leg.* vbi Caſtr. *num. 5.* Padill. *num. 109.* & alij, quos refert, & approbat Peregrin. *de fideicommiſſ. art. 42. num. 26.*

19 Fundamentum huius ſententiæ conſiſtit in generalitate tex. *§. quamobrem, Auth. de reſtit. & ea, quæ parit in 11. menſ.* ibi enim ſine vlla diſtinctione conſtituitur, licere dotem congruam ex fideicommiſſo conſtituere.

20 Secundò mouentur *ex notatis in l. mulier, §. cum proponeretur, ff. ad S. C. Trebell.* quod hæres in caſu noſtro rogatus videatur, non ſimpliciter reſtituere hæreditatem, ſed id, quod ſupereſt detractis dotibus, ergo ſi opus erit totum fideicommiſſum in cauſam dotis impendere, id fieri poterit *Auth. contra rogatus, in fine, C. ad S. C. Trebell.*

21 Quò verò ad reſtitutionem dotis ſpectat, vt ſi opus ſit, poſſit totum fideicommiſſum alienari pro reſtituenda dote accepta ab aliquo ex liberis teſtatoris, pręter huiuſmodi argumenta, vrget pręſumpta voluntas teſtatoris, noluiſſe præcludere viam ſuis deſcendentibus magnas dotes accipiendi; vrget etiam damnum mulierum, quarum cauſam tueri ſe profitetur Imp. *in dicta Auth. de reſtit. in princ.* iuſte enim videtur conquæri mulier, quod decepta fuerit ex conſtitutione Iuſtiniani, ſi enim crediſſet, ſe non poſſe dotem ex fideicommiſſo deducere, tantam dotem marito non dediſſet.

His non reſragantibus contrariū teneo in vtroque caſu, & quò ad conſtitutionem dotis pertinet id antè me ſcripſit Curt. iun. *in d. Authent. res quæ, num. 30. C. com. de leg.*

22 Fundamentum huius ſententiæ in eo conſiſtit, quod hic agitur de diſpoſitione concedente alienationem fideicommiſſi pro conſeruatione familiæ teſtatoris conſtituti, & ſic agitur de re ad commodum Reipublicæ pertinente; eius enim intereſt familias conſeruari, agitur etiam de re, quæ in præiudicium vocatorum ad fideicommiſſum tendit, & in di-

in diminutionem voluntatis testatoris, pro qua conseruanda tot iura cõstituta fuerunt ab ipsomet Iustiniano. vide tex. *in l.* 1. a. *& fin. C. commun. de leg. in l.* 1. *& 2. C. de iudic. vid. toll. in §. sed nostra constitutio, Instit. de leg. in §. fin. Inst. de fideicommiss. in l. finali, C. eod. tit. & alibi.* & ideò sic temperanda est huiusmodi constitutio, vt nihil contineat, quod non optima ratione nitatur; scriptum est enim, *leges benignè accipiendas esse, & secundum naturalis iuris moderamen esse temperandas, l. quinta, C. de bon. quæ liber.*

23 His expositis, dico nullam esse rationem, quæ satis sit ad defendendum Iustinianum, si voluit totum fideicommissum alienari posse pro dotis constitutione, vel restitutione, & ideò concludendum est id eum nullo modo constituisse.

Tres rationes afferuntur, ex quibus Iustinianum motum fuisse aiunt DD. ad hanc edendam legem, præsumpta voluntas testatoris, necessitas ei imposita a lege constituendi dotem filiabus, & obligandi bona sua pro dote filijs suis data, & commodum Reipublicæ, cui expedit mulieres nubere, *l.* 1. *ff. sol. matr.* vt explicaui cap. 27. quarum rationum nulla huic casui applicari potest.

24 Nam, quò ad præsumptam voluntatem pertinet, cum testator instituerit pro splendore familiæ fideicommissum, vtique magis dilexit familiam, quam mulierem ex ea prognatam, ergo non est verisimile, eum voluisse pro vnius mulieris vtilitate euerti illud fideicommissum, quod pro vniuersæ familiæ conseruatione factum fuit. Delibari fideicommissum eum voluisse, vt fęminæ ex se descendentes honestè nubere possint verissimile quidem est, quia id pertinet ad familiæ decorem, sed eum voluisse fideicommissum totum alienari, vel magna ex parte vnius, vel alteræ, immò nec plurium fęminarum causa, omninò inuerisimile est, cũ hoc non in familiæ vtilitatem, sed in damnum euidens vertatur.

25 Secunda quoque ratio id non patitur; nullibi enim cautum reperitur, parentes cogi totum patrimonium, vel magnã eius partem dare in dotem filiæ, vel obligare pro restitutione dotis datæ filio, maximè quando libera relinquitur filio dotis administrandæ potestas.

26 Tertia etiam ratio hoc fieri non permittit, cum enim maius damnum sit Reipublicę alicuius familiæ splẽdorem obscurari, quam mulierem aliquam non posse secundum dignitatem nubere, vel dotis suæ partem amittere, consequens est, non posse sub prætextu publicæ vtilitatis concedi alienationem totius fideicommissi, vel magnę eius partis pro constitutione, vel restitutione dotis.

27 Concludo ergo, quoad dotis constitutionẽ pertinet eam dotem deducendam esse, quæ satis sit, ne inhonestissimè nubat mulier, si totius fideicõmissi, vel magnæ eius partis alienatio necessaria esset, vt honestè nuberet, quò verò ad restitutionem pertinet non omnem dotem acceptam a marito deducendam esse, sed eam partem, quæ nec totius fideicommissi euersionem inducat, nec magnæ eius partis.

28 Non obstant adducta in contrarium, nam ad primum responsio ex dictis patet. Ad secundum respondeo falsum esse, hoc in casu rogatum censeri hæredem restituere, quod supererit detractis dotibus, vt latè explicaui cap. 28. num. 12. & res omni scrupulo carebit si expressum sit a testatore, vt fieri solet, fideicommissum se instituisse pro splendore familiæ, hinc enim colligitur eum magis familiam dilixisse, quam fęminas ex se descendentes, & per consequens non rogauisse hæredem hæreditatem cõseruare in familia, si quid superesset detractis dotibus, sed simpliciter eum rogauisse, vt hæreditatem in familia conseruaret, alias magis fœminas, quam familiam, dilexisset.

29 Ad alia argumenta respondeo, noluisse quidem testatorem præcludere viam suis liberis vxorẽ ducendi cum magna dote, id tamen intelligendum esse, si modò in totius familiæ damnum non verteretur, quia hic est finis eius, cuius gratia cætera constituta fuerunt, maximè, quia non deest ratio constituendi dotem in tuto emendo prædia, vel annuos redditus ex pecunijs datis in dotem.

Ad tertium argum. respondeo Iustin. voluisse consulere mulieribus, quatenus ratio patitur, & ideò cum non conueniat æquo, & bono, vt permitteret dotem ex fideicommisso, hoc in casu deduci non est dicendum id eum permisisse.

Dos ex fideicommisso, an restitui possit, cum mulier habet fideiussores idoneos dotis restituendæ, & quando mulier agere potest aduersus possessores bonorum mariti. Cap. XXXII.

1 Licet constitutum fuerit, ne fideiussores dotiũ dentur *l.* 1. *& 2. C. ne fideiuss. dot. dent.* si tamen dati fuerint, & iurauerint non obstante constitutione iuris ciuilis ex huiusmodi fideiussione agi potest, secundum receptam opinionẽ, cuius auctores cumulat D. Stefanus Gratianus *par. 2. discept. Forens. c. 233. num. 33. cum sequentibus.* quam opinionem etiam sequitur D. Fachin. *lib. 3. c.* 18. & alij, de quibus Gutierez *de contractibus iur. p.* 1. *cap.* 21. *num.* 14.

2 Hinc dubitatur, an dos detrahi possit a muliere ex fideicommisso, eo casu, quo conuenire potest fideiussores dotis restituendę, quos idoneos habet, in qua dubitatione contrarias sententias habuerũt Lud. Romanus, & Paulus Castrensis.

Ludouicus negatiuam sententiam amplexus fuit *singul. 249. quod incipit, ego habui.* contrariã verò sentẽtiam defendit Castr. *cons.* 17. *lib.* 1. A parte Castrensis stant nostri frequenti numero, vt patet ex Menoch. *lib. 4. præsumpt.* 190. *num.* 29. ex Peregrin. *de fideicommiss. art. 42. num.* 74. Surd. *cons.* 78. *num.* 12. Io. Baptista Costa *de facti scien. distinct.* 82. *cent.* 2. *a nu.* 10. Pro parte verò Romani iuris ratio pugnat.

3 Etenim, tunc demum est locus detractioni dotis ex fideicommisso, quoties maritus, qui eam restituere debet, non est soluendo, vt omnes vbique fatentur. vide P. Ant. a Petra *de fideicomm. q. 8. num.* 479. Menoch. *lib. 4. præsump.* 789. *num.* 8. & quidẽ meritò. Nulla enim ratio efficere potest, vt dos accepta a marito ex his bonis detrahatur, quæ alteri restituenda sunt, si ipse soluendo sit.

Igitur in casu nostro detrahi nõ poterit; is enim,

qui fideiuſsores idoneos habet, ſoluendo eſt, *l. ſi plu res 28. §. præterea il 2. ff. de fideiuſſor.* dum inquit, *Præterea, ſi quæratur, an ſoluendo ſit principalis fide-iuſſor, etiam vires ſequentis fideiuſſoris ei aggregandæ ſunt*, & ibi gloſ. id not. & docent Bar. *in l. 1. num. 3.*
4 *in fine, ff. de cuſtod. reorum.* Dec. *in l. nemo dubitat, num. 1. ff. de reg. iur.* Alciat. *in l. ſoluendo, ff. de verb. ſign.* cum multis alijs adductis a Petro Barboſa *ad l. ſi conſtante, num. 108. ff. ſoluto matrimonio.*

5 Non obſtāt fundameota, quæ pro parte contraria adducuntur.

Primum poſitum eſt *in l. cauſam 20. §. puellam, ff. de manum.* vbi hæc ſpecies proponitur. *Puellam ea lege vēdidit, vt poſt annum ab emptore manumitteretur. Quòd ſi non manumiſiſſet, conuenit, vt manus inijceretur, aut decem aureos emptor daret.* Fuit dubitatum, an adueniente tempore, ſi non fuerit manumiſsa, fiat libera ex conſtitutione Marci, qua cautum fuit ſeruos venditos, vt manumitterentur, ipſo iure liberos fieri adueniente tempore a venditore appoſito, *l. 2. C. ſi mancip. ita fuerit alienat.* & reſpondit Iuriſconſultus, *Non ſeruata fide, nihilominus ex ſententia conſtitutionis liberam fieri, quoniam manus iniectio plerumque auxilij ferendi gratia interuenit.* Vides hoc loco conuentionem, vt liceat manus inijcere, quia auxilij gratia facta fuit, non auferre beneficium conſtitutionis, ergo nec in caſu noſtro datio fideiuſſorum auſert remedium conſtitutionis Iuſtiniani, cum auxilij gratia dati fuerint, *vt Inſt. de fideiuſſ. in principio.*

6 Reſpondeo magnum eſſe diſcrimen inter vtrūque caſum; nam in textu allegato conuentio facta a partibus nō adimplet mentē conſtitutionis Marci, quæ eſt, vt libertas ſtatim obueniat adueniente tempore, quo manumitti ſeruus iuſſus fuit.

In caſu verò noſtro ſecus eſt, nam mens Iuſtiniani eſt, vt ſi mulier a marito dotem conſequi poſſit, non decerpatur ex fideicommiſſo, quæ vtique tunc adimpletur, cum a fideiuſſoribus illam conſequi poteſt, & ideò nō eſt mirū, ſi manus iniectio non auferat beneficium conſtitutionis Marci, datio verò fideiuſſorū efficiat, ne ſit locus conſtitutioni Iuſtiniani, maximè, quia hęc datio fideiuſſorū deſtruit qualitatem, quæ a Iuſt. neceſsariò requiritur, vt mulier dotem aliundè conſequi non poſſit.

Secundò afferunt regulam *l. legata inutiliter, ff. de adimen. leg.* ea ſcilicet, quæ in augumentum facta ſunt non debere diminutionem parere; hinc enim deducunt fideiuſſionem a muliere acceptam, vt iura ſua augeat, beneficium a Iuſtiniano indultum ei auferre poſſe.

7 Nihil eſt, nam facilius eſt conſequi dotem a fideiuſſoribus, quam a fideicommiſſarijs, cum aduerſus eos, & perſonalis competat, & hypothecaria actio, *l. vnica, §. ſed vt plenius, verſ. ſiue ipſe, C. de rei vxor. act.* plerumque etiam ex legibus municipalibus executiuè procedi poteſt contra fideiuſſores, cum ſoleant in his caſibus homines rem per inſtrumenta publica expedire, quod vtique aduerſus fideicommiſſarios dici non poteſt; ipſi enim via ordinaria conueniuntur, multaque proponere poſſunt, ex quibus res non parum obſcuretur, propter multiplices dubitatiunes, quas in hac materia Doctores excitauerunt.

8 Deindè animaduertendum eſt, regulam ex aduersò allegatam procedere in illis, quæ ex voluntate diſponentis dependent, in illis verò, quæ lex diſponit, non habet locum, etiam ſi enim quis habeat animum iura ſua augendi, ſi tamen fecerit actum, qui deſtruat qualitatem ſuper qua fundatur lex, vtique actus, factus in augumentum iura eius imminuet, ergo in propoſito nō habet locum, cum enim mulier accipit fideiuſſores, deſtruit qualitatem requiſitam a Iuſtiniano, vt ſcilicet maritus non ſit ſoluendo, & ex hoc etiam deſtruitur aliud argumentum ab aduerſarijs allegatum, ea, quæ facta ſunt ad abundantem cautelam non nocere, *l. teſtamentum, C. de teſtament.* nam hæc regula non procedit in illis, quæ naturæ negocij aduerſantur Alex. *ibi num. 1. in fine*, Caſtren. *num. 2. verſ. vel niſi.* Iaſ. *num. 3. verſ. intellige*, eodem modo etiam intelligitur regula *l. quæ dubitationis, ff. de reg. iur.* vt per Cagnol. *ibi num. 5. & 6.* quæ etiam pro opinione Caſtr. adduci ſolet.

9 Tertium argumentum eſt huiuſmodi, quando lex plura concedit remedia, tūc ſi quis vno eorum vtatur alia non amittit, *l. ſi fratres, §. idem reſpondit il ſecondo, pro ſocio, l. 1. §. ex hoc reſcripto, verſ. quid ergo, ff. de ventr. inſpicien.* ergo in propoſito, mulier, quæ duo remedia habet, pro dotis conſeruatione, vt ſcilicet accipiat fideiuſſores, & ius acquirat in fideicommiſſo, eligendo vnum, aliud non amittit.

10 Reſpondeo, aut mulier ab initio elegit fideiuſſores, aut poſt contractum matrimonium; ſi ab initio non potuit acquirere ius in fideicommiſſo, quia fideiuſſores fecerunt maritum ſoluendo, hoc enim impediuit mulierem ius ſuper fideicommiſſo conſequi, quia hoc ei in ſubſidium tantum conceditur, quando enim electio vnius ex remedijs competentibus deſtruit qualitatem requiſitam a lege, vt alia remedia habeant locum, tunc vnius electio aliorū deſtructio eſt, vt declarat Salic. *in l. 1. nu. 12. verſ. cum vtrunque, C. de furt.*

11 Aut mulier poſtea accepit fideiuſſores, & tunc, quia ſuperuenit qualitas marito, quæ impedit effectum conſtitutionis Iuſtiniani, ſtatim mulier ius, quòd in fideicommiſſo acquiſiuerat, amittit, non poteſt enim mulier habere ius actu in fideicommiſſo, marito exiſtenre ſoluendo.

12 Nec obſtant iura ex aduersò allegata, quia procedunt in illis remedijs, quæ ſunt compatibilia, vt ex ipſis facilè intelliges.

Poſtremò dicunt aduerſarij, fideiuſſorem ideò fideiuſſiſſe, quia ſciebat mulierem habere ius deducendi dotem ex fideicommiſſo, ergo ipſe teneri nō debet, cum aliàs non fideiuſſiſſet, arg. tex. *in l. ſtipulatus, ff. de fideiuſſ.* dum ait, *Si ſtipulatus eſſes a me ſine cauſa, & fideiuſſorem dediſſem, & nollem eum exceptione vti, ſed potius ſoluere, vt mecum mandati actione ageret, fideiuſſori etiam me inuito exceptio dari debet; intereſt enim eius pecuniam retinere potius, quam ſolutam ſtipulatori, a reo repetere.*

13 Reſpōdeo fideiuſſorem purè ſtipulatum fuiſſe, & ſine vlla conditione, ideò ſibi imputet, qui legē apertius non dixerit; *Veteribus enim placuit conuentionem aduerſus eum interpretari, cuius intererat eam clarius proponere, l. veteribus, ff. de pact. l. quicquid aſtringendæ, ff. de verb. oblig.*

Non obstat tex. *in d. l. stipulatur*, quia ibi stipulatio erat sine causa, & sic per exceptionem stipulator remoueri poterat a petitione; ideò hæc res nō pertinet ad casum nostrum, quia negamus vllam esse exceptionem, quæ mulieri obstet, quominus agat contra maritum, vel eius fideiussores, & ideò Lud. opinio verissima est, & digna, quam iudicando sequamur.

Sed si mulier possit conuenire possessores bonorum mariti, an tunc dotem ex fideicommisso detrahere possit, videamus; res enim quotidiana est.

14 Partem affirmatiuam multi probauerūt, Castr. *in d. Auth. res quæ, num.* 11. Curt. inn. *cons.* 59. *nu.* 3. & alij relati a Peregr. *art.* 42. *num.* 13.

Fundamentum huius sententiæ est, quia beneficium fuit concessum mulieri, ergo facto mariti nō potest ei auferri, *l. non debet, ff. de reg. iur.*

15 Contrarium, & melius tenuerunt alij, quos refert, & sequitur Peregr. *num.* 15. Petra *quæst.* 8. *num.* 460. *vers. contrarium*, ibi, *at in restitutione*; etenim constat remedium istius legis esse subsidiarium, vt legitur *in d. §. quamobrem*, *Auth. de restit. & ea, quæ parit in* 11. *mense*, & omnes admittunt. vide Petrum Ant. a Petr. *in tract. fideicom. quæst.* 8. *nume.* 459. Menoch. *lib.* 4. *præsumpt.* 189. *nume.* 8. ergo in spetie nostra non debet habere locum, cum maritus tempore contracti matrimonij haberet bona, qui poterat pro dotis restitutione obligare.

16 Idque verissimum esse indè liquet, quod rationes, quibus dicunt Doctores hanc constitutionem niti, huic casui non applicantur.

Nam ratio fundata in necessitate iniuncta patri obligandi bona sua pro dote, quam accipit filius, non habet locum cum filius habet bona libera, quæ satis sunt ad constituendum in tuto dotem, quam accipit. vide Alex. *in l. si cum dotem, §. transgrediamur, num.* 5. *in fine, ff. sol. matr.*

17 Ex quo sequitur, nec rationem ex præsumpta mente deductam huic casui applicari, ideò enim præsumitur testator voluisse bona fideicommissaria pro dotis restitutione obligari, quia non est credendum eum voluisse præcludere viam suis descendentibus honestè nubendi, cum enim bona libera habeat, vtique poterunt honestè nubere etiamsi bona fideicommisso subiecta pro dotis restitutione non obligentur.

18 Et licet videatur habere locum ratio publicę vtilitatis considerata a Iustiniano *in d. §. quamobrem*, quia expedit Reipublicæ mulierem esse dotatam, vt iterum nubere possit, *l.* 1. *ff. soluto matrim.* tamen non obstat, quia hæc ratio non fuit principaliter considerata a Iustiniano, vt latè explicaui cap. 17. a num. 10.

19 Et ex his tollitur argumentum partis aduersæ, nam mulier non amittit facto mariti hoc priuilegium, quia nunquam illud habuit; bona enim libera, quæ apud maritum erant tempore, quo contractum fuit matrimonium, & dos promissa, fuerunt impedimento, ne ius acquireret in fideicommissum.

20 Supposita tñ opin. Cast. dubitatur an mulier possit prius agere contra fideicōmissarios, quàm contra possessores bonorum mariti, qua in re multi existimant id licitum esse mulieri, quos refert, & sequitur Peregrin. *de fideicom. art.* 42. *num.* 18. *vers. contra*. Idem scribunt Ioan. Baptista Costa *de fact. scient. vel ignor. cent.* 2. *dist.* 82. *num.* 15. & 16. Clarissimus D. Petrus Caballus *consil.* 7. *a num.* 25. *lib.* 2. vir propter insignem animi cādorem, & eximiam rerum agendarum peritiam nunquam satis laudatus, & dum vixit Serenissimis Magnis Etruriæ Ducibus Ferdinando, & Cosmo II. carissimus.

Fundamentum huius sententiæ est, quia non est cogenda mulier cum magno sui incommodo agere contra possessores, quos difficilius est conuenire, quam fideicommissarios.

21 Contrariam opinionem ego sequor, quam probarunt Soc. sen. *cons.* 75. *nu.* 15. *lib.* 1. Menoch. *lib.* 4. *præsumpt.* 190. *num.* 45. *vers. secundus*. Petra *de fideicommiss. q.* 8. *num.* 460. *vers. contrarium*, ibi, *at in restitutione*.

Fundamentum huius sententiæ in eo positū est, quod aduersatur mēti Iustiniani auctoris huius constitutionis, mulierē, cui alia via consuli potest, eius remedio vti, cum sit remedium subsidiarium. vide P. Ant. a Petra *de fideicommiss. quæst.* 8. *num.* 459. Menoch. *lib.* 4. *præsumpt.* 189. *num.* 8. ergo etiam si admittamus mulieri competere eius remediū, cum ei vis est conuenire possessores rerum mariti, ne sine dote sit, si fortè cōtra huiusmodi possessores obtinere nequeat, non tamen admittere possumus, vt prius hoc remedio vtatur, quam egerit contra tertios possessores.

22 Quod eo facilius admittendum est, ne lites multiplicemus, si enim admittamus mulierem posse agere aduersus fideicommissarios, prius, quam egerit aduersus possessores bonorum mariti, duæ lites fient, prima a muliere contra fideicommissarios, secunda a fideicōmissarijs, virtute actionum ipsis cessarum a muliere, contra possessores bonorum mariti; lites autem multiplicare; absque magna causa nun debemus.

23 Non obstat argumeutum partis aduersæ, nam animaduertendum est, secundum receptam sententiam competere omnibus creditoribus hypothecarijs vtile Saluianum interdictum aduersus possessores bonorum hypothecatorum, mulier ergo hoc remedio vti poterit, cum habeat tacitam hypothecam in omnibus bonis mariti, *l. vnica, §. sed vt plenius, C. de rei vxor. act.* quod remedium maximè vtile est, ac facilè, quia non admittit appellationem ad effectum suspensiuum secundum receptas traditiones, & in eo non dominium, sed sola possessio probanda est, vt nouissimè prosequuntur Statilius Pac. & Scapucinus in eorum tractatibus de hac re editis.

24 Itaque si mulier agat contra fideicommissarios condictione ex lege Iustiniani, non rectè dicitur facilius esse contra eos obtinere, quam contra possessores, cum sit remedium ordinarium, quod tribus sententijs expediri debet.

Si verò agat contra eos actione hypotecaria, vel Saluiano interdicto, nec id quidem dici poterit, cū eadem remedia aduersus possessores competant, nec disputandum sit, cum aduersus ipsos agitur, an mulieri competat beneficium *Auth. res quæ*, hæc enim res mulierem non paruis difficultatibus implicat, propter varias, ac multiplices DD. de hac

materia

materia ſententias, eoque facilius id admittendum erit, ſi fideicommiſſarij offerant ſe proprijs impenſis litē facere contra poſſeſſores mariti, iuxta tradita per Ant.Gabr.*tit.de fideiuſſ.concluſ.* 1.*nu.* 100.

An constitutio Iuſtiniani habeat locum in fideicommiſſo puro, an procedat, quando mulier cum minori dote nubere poterat, & an comprehendat lucrum ex ſtatuto delatum quoties maritus ſciebat dotem ex fideicommiſſo detrahi, & nullam de lucro mentionem fecit. Cap. XXXIII.

1 SVperſunt nonnullæ aliæ dubitationes ad interpretationem dictæ conſtitutionis pertinentes, quas breuiter exponere conſtitui.

Prima dubitatio eſt, an hæc conſtitutio habeat locum in fideicommiſſo puro, in qua negatiuam ſequitur P. Ant.a Petra *de fideicommiſſ.q.*8.*num.*410. *motus* auctoritate Caſtr.*in d. Auth. res quæ, in ſi* 2.*C. com.de leg.* & Ant.de Padill.*ibi nu.*11.

2 Contrarium, & melius ſcripſit Bald.*ibi num.*6. quem ſequi videtur Peregr. *de fideicommiſſ. art.* 42. *num.*54.

Fundamentum huius opinionis ſolidiſſimum eſt, quia verba *§.quamobrem, Authent. de reſtit. & ea quæ parit in* 11. *menſe*, & ratio huic caſui conuenit.

Verba, quia text. non diſtinguit inter fideicommiſſum purum, & conditionale, ſed indiſtinctè permittit fideicōmiſſum propter dotem alienari.

3 Ratio etiam cōuenit, quia omnes rationes adductę a DD. hunc caſum amplectuntur. Ratio etenim deducta ex præſumpta voluntate, ſine dubio hic militat, namque ſiue purum ſit fideicommiſſum, ſiue conditionale, ſemper veriſimile eſt parentem, qui fideicommiſſum pro ſplendore familiæ conſtituit, noluiſſe præcludere viam honeſtè nubendi fęminis ex familia naſcentibus, cum id pertineat ad honorem, & decorem ipſius familiæ.

4 Idem eſt de ratione deducta ex neceſſitate, quā lex iniungit parenti conſtituendi dotem filiabus, & obligandi bona ſua pro reſtitutione dotis filio eius datæ, cum enim nemo fideicommittendo poſſit ſe eximere ab obligatione, qua tenetur *l.filiusfamilias, §.Diui il primo, de leg.* 1. ſequitur, patrem eadem obligatione teneri, cum purè grauauit hæredem hæreditatem reſtituere.

5 Poſtrema ratio adducta, quia Reipublicæ expedit mulieres nubere, *l.*1.*ff.ſoluto matr.* & ipſa ſine dubio hunc caſum continet, itaque nec in iudicando, nec in conſulendo eſt retinenda contraria opinio, pro qua fruſtra affertur Caſtr. loco ſuprà allegato, quia, ibi, quod ego viderim, de hac re non loquitur, Padilla etiam id non dicit, loquitur enim de diſpoſitione *l.fin. §. finalis, ff. de leg.*2. quæ toto cęlo diſtat a materia noſtra.

6 Secunda dubitatio eſt, an mulier, quæ cum minori dote nubere honeſtè poterat, poſſit deducere ex fideicommiſſo illud, quod amplius nomine dotis promiſit, vt honeſtiorem virum inueniret, ſi tamen modum congruæ dotis non exceſſerit.

In qua negatiuam partem amplector, licet enim ſecundum corticem verborum videatur concedere Iuſtinianus facultatem deducendi dotem congruam ex fideicommiſſo, non facta diſtinctione, an cum minori dote nubere honeſtè poſſet, attamen re bene conſiderata id permittere voluiſſe non exiſtimo.

7 Motus, quia nulla erat cauſa, cur id conſtitueret. Præſumpta enim voluntas teſtatoris huic caſui applicari non poteſt, quia ſi teſtator pręſumitur voluiſſe dare facultatem deducendi dotem ex fideicommiſſo, id accidit, quia cum voluerit decorem familiæ conſeruari, voluit etiam omne id, quod ad illum conſeruandum neceſſarium eſt, & ideò voluit fęminas honeſtè nubere, ergo ſi ſplendor familiæ non offendatur, conſequens eſt eum nolle fideicommiſum diminui, quod pro conſeruatione familiæ conſtituit.

8 Secunda ratio deducta ex neceſſitate, nec ipſa hunc caſum continet, nam nullibi cauetur, patrem poſſe cogi vltra vires legitimæ dare dotem filiæ, quæ honeſtū virum inuenire poteſt. vide Menoch. *lib.*4.*præſumpt.*189.*nu.*103.*in fine, &* 104. Decian. *conſ.*78.*num.*16.*lib.*5.

9 Ratio denique publicæ vtilitatis ad hanc ſpetiē non pertinet, quia cum Reipublicæ expediat familias conſeruari, hæc ratio non patitur, vt mulier, quę honeſtè nubere poteſt, fideicommiſſum imminuat, quod pro conſeruatione familiæ conſtitutum fuit, hucque pertinet id, quod dicit Rot.*deciſ.*581. *nu.*2.*p.*1.*in recentioribus*, poſt Barz. *deciſ.*129.*num.*19. dotem nempè, quæ in ſubſidium datur eſſe taxandam ad meram nubendi neceſſitatem.

10 Tertia erat difficultas, an lucrum, quod ſtatutū defert marito ex dote vxoris prędefunctæ, ex fideideicommiſſo deduci poſſit, quoties maritus ſciuit dotem ex fideicommiſſo deduci, & nullam fecit de lucro pactionem.

In hac dubitatione negatiuam partē tuetur Peregrin.*de fideicom.art.*42.*num.*102.

Monetur primò, quia vir ſciens dotem ex fideicommiſſo detrahi propter mulierem, videtur conſentire, vt dos, viuente tantum muliere apud ſe remaneat, argum.tex.*in c.nuper, de donat. inter vir. & vxor.*

11 Secundò, is, qui dotem ex fideicommiſſo conſtituit, non videtur renunciare ſpei, quod dos iterum fideicommiſſo incorporetur, ſi fortè mulier decedat nullis relictis liberis, argum. tex. *in l.cum de indebito, de probat.* ergo non videtur conſentire vt lucrum ex ſtatuto viro debitum detrahatur.

12 Contrarium verius puto, motus, quia, qui matrimonium contrahunt, & dotem conſtituunt, videntur tacitè conuenire de præſtando lucro, quod ſtatutum defert, vt per Dec. *conſ.*79.*num.*6. *verſ.neque obſtat.* Rol. a Vall. *de lucro dotis, quæſt.*86. Sud. *conſ.*91.*num.*11. *verſ. ſecundo reſpondeo*. Rota Romana *deciſ.*590. *un.*2.*in fin.p.*1.*diuerſ.*

13 Ergo hoc lucrū deduci poterit, Iuſtinianus enim permiſit, non ſolum deducere dotem ex fideicommiſſo, ſed etiā lucra nuptialia, de quibus inter vxorem & maritum conuenit, *vt in d.§.quamobrem, in fine, Auth.de reſtit. & ea, quæ parit in* 11.*menſe.* & de hoc ipſo lucro quando facta fuit conuentio docent multi, quos refert, & ſequitur idem Peregr. *num.*96.

14 Non obſtant adducta in cōtrarium, nam ad primum

mum respondetur, maritum sciuisse ex cõstitutione Iustiniani posse deduci ex fideicommisso lucra, de quibus conuenit inter maritum, & vxorem, & ideò non erat, cur ita acciperet dotem, vt totam redderet soluto matrimonio.

15 Ad secundum respondetur, non esse necessariã voluntatem eius, qui dotem constituit, sed sufficere voluntatem mariti, & vxoris, & ideò nihil refert, quid ipse senserit, præterquam quod verius est id, quod semel ex fideicommisso detractum fuit pro dote, amplius ad causam fideicommissi non reuerti, vt ostendi hoc lib. c. 28.

Fideicommissum, an possit alienari pro alimentis liberorum testatoris. Cap. XXXIIII.

1 Recepta est nostrorum opinio, licere pro alimẽtis liberorum testatoris bona restitutioni obnoxia alienare. vide P. Ant. a Petr. *de fideicomm. q. 8. nu. 480.* M. Ant. Peregr. *de fideicomm. art. 42. nu. 86.* Io. Petr. Surd. *de alim. tit. 8. priu. 19.*

Mouentur DD. ex dispositione Iustin. *in Auth. de restit. & ea quæ par. in 11. mens. §. quamobrem,* dũ sancit, fideicommissum alienari posse pro dotis, & donationis propter nuptias constitutione eo casu, quo liberis non supersunt bona ad id efficiendum sufficientia; illæ enim causæ, quæ Iustinianum mouerunt, in alimentis fortius vigent.

2 Duæ autem sunt potissimæ rationes, quas mouisse Iustinianum nostri asserunt; præsumpta nempè voluntas testatoris, & obligatio, qua teneretur testator, si viueret ad dotem dandam, & donationem constituendam, vt exposui hoc libro c. 27.

Vtraque enim ad alimenta commodissimè trahitur, & quo ad præsumptam voluntatem, quæ vera ratio est, quis ambigere potest, testatorem, qui splendorem familiæ per fideicommissum conseruare voluit, vnquam passurum fuisse liberos suos cum dedecore vilissimas artes exercere, vel stipem quærere?

3 Ratio quoque in necessitate fundata militat, quis enim ambigit, testatorem si viueret teneri liberos suos nihil habentes alere?

4 Quæ cũ habeant locum ẽt eo casu, quo filius legitimam, & Trebellianicam consumpsit, idem statuendum erit, licet secus videatur Socin. sen. *in l. Marcellus, §. res quæ, num. 3. ad S.C. Trebell.* Peregr. *d. art. 42. nu. 87. in fin.* Surd. *dicto priuil. 19. num. 7.* quorum fundamenta, vt diluamus, ostendere oportet rationes huiusmodi ad hunc casum pertinere.

5 Quò ad præsumptam mentem, nullo negotio id verum esse ostenditur; etenim licet parentes ægrè patiantur filios bona sua perdere, perrarò tamẽ patiuntur eos, cum non habent vnde viuant, stipẽ quærere, vel viles artes, cum dedecore exercere, ergo non est credendum, testatoris, de quo agimus, hanc fuisse mentem; *nam morientium desideria ex viuentium opinione colligimus, l. 4. C. de natural. liber.* & hoc satis esse debet, vt cõstitutioni locus sit, cum hæc sit vera eius ratio, vt exposui dicto c. 27.

6 Altera quoque ratio huic casui applicatur, necessitas nempè alendi hos liberos, nam licet cõtrouersi iuris sit, an pater teneatur alere filium, qui legitimam portionem sibi a patre datam profligauit, vt liquet ex Surd. *de alim. tit. 7. q. 5.* tamen verior est affirmantium opinio; nam si credimus Iuris consulto *in l. si quis a liberis, §. vtrum, ff. de liber. agnosc. hæc res ex æquitate descendit; charitateque sanguinis, & ideò singulorum desideria perpendere iudicem oportet,* ergo non est admittenda eorum opinio, qui negant, patrem hoc in casu teneri liberos alere; æquitati enim, & charitati nimis aduersatur parentem commodè, & ex dignitate viuere, liberos autem stipem quærere, vel vilissimas artes exercere. vide tex. *in d. l. si quis a liberis, §. si vel parens, in fine.*

7 Addo præterea, quod si admittamus, constitutionem Iustiniani ad hunc casum trahi non posse, alia tamen ratione poterit nostra opinio defendi; quia scilicet non sit verisimile, testatorem voluisse hoc in casu fideicommissum valere, iuxta *l. cum auus, ff. de cond. & demonstr. l. cum acutissimi, C. de fideicomm.*

8 Et ex his partis aduersæ argumenta sublata sũt, vno dempto, patrem scilicet, qui semel legitimam dedit filio, non teneri eam amplius dare, qua propter nec pater, qui semel alimenta constituit, cogi poterit ea rursus constituere. Respondeo, longè fortius esse vinculum alendi filios, quàm legitimã relinquendi, *l. si quis a liberis, §. vtrum, ff. de liber. agnosc.* & iure meritò, legitima enim iure positiuo debetur, alimenta verò iure naturæ, vt alibi exposui.

9 Concludo ergo fideicommissum alienari posse pro alimentis eius, qui legitimam, & Trebellianicam profligauit, quod in filijs ipsius dubitatione caret; cum in illis cesset difficultas, quod semel constituta fuerint alimenta; neque enim ipsis, qui iure suo alimenta petunt, factum patris nocebit.

10 His expositis quæro, fideicommissarius æs alienum contraxit, petuntque creditores eius, sibi assignari fructus fideicommissi, donec debitor viuit, ipse excipit, se non habere vnde viuat, & filios alat, nunquid omnes fructus assignandi sint creditoribus; an verò id est demendum, quod pro alimentis necessarium est.

Respondeo, posse creditores omnes fructus petere, quia sunt bona libera fideicommissarij, & licet testator pro familiæ splendore fideicommissũ instituerit, fructus tamen reliquit pleno iure fideicommissarijs; & propterea nullum ius ex testamẽto eius super ipsis aliquis habet, præter fideicommissarium, ergo nemo poterit eos retinere, quasi sibi ex testatoris voluntate debitos.

11 At dices, si testator de hoc casu interrogatus fuisset, vtique respondisset, fructus pro alimentis reseruari, ne fideicommissum alienetur, ergo idem est, ac si ita disposuisset.

Respondeo, hoc genus argumenti non admitti, nisi quoties ex verbis testatoris colligitur testatorem ita dispositurum fuisse si de hoc casu cogitauisset, vt exposui hoc libro c. 5. num. 13. & 14.

12 Omnes ergo fructus creditorum erunt; alimenta autem fideicommissario, & eius filijs ex fideicommissi alienatione constituenda erunt. Caueat autem iudex, ne habenas laxet; satis enim erit, ne cum dedecore viuant secundum mores regionis, & qualitatem familiæ; & ideò si militiæ apti sint,

vel

vel alicui arti honestæ secundum mores regionis; vel si sint idonei inseruire magnis, & illustribus viris, non erit pro alimentis fideicommissum alienandum; sed satis erit, si vestibus instruantur, & alia suppellectili necessaria ex bonis restitutioni obnoxijs.

13 Animaduertat etiam iudex, an apti sint ad addiscendas litteras; tunc enim ex alienatione fideicommissi, non solum alimenta, sed etiam impensas necessarias ad disciplinas capescendas detrahere oportet, vt minus lædatur fideicommissum, cũ enim litteras didiscerint, poterunt alimenta sibi honestè quærere, quo casu amplius fideicõmissum hac de causa minui nõ poterit; segnes enim fouere dedecet; caueatque iudex, ne mediocritatem excedat in assignando tempora ad litteras addiscendas, & in expẽsis; semper enim damnum fideicommissariorum ante oculos habere debet, & voluntatem testatoris volentis saluum esse fideicommissum, *si salua suorum dignitate fieri possit*, nec non alimenta, quæ in subsidium decernuntur debere taxari pro modo necessitatis, vt post alios docet Rota *decis. 58 1. num. 2. p. 1. in recentioribus.*

Hæc præter institutum admonere volui, cum sit res quotidiana, nec satis explicata a nostratibus.

Leges municipales disponentes circa successionem, tam ex testamẽto, quam ab intestato, & circa solemnia testamenti, an habeant locum in bonis alibi sitis, vbi diuersum ius viget. Cap. XXXV.

1 IN legibus municipalibus sępè aliqua continentur circa successiones ex testõ, & ab intestato, & circa modum conficiendorum testamentorum, quæ abhorrent a iure cõmuni, vel ab eo iure, quod obseruatur eo loci, vbi bona, de quibus agitur, sita sunt: propterea dubitari solet, an huiusmodi leges vim suam exerceant circa huiusmodi bona. Tractant hanc quæstionem Bart. *in l. cunctos populos, C. de S. Trinit. nume. 32. 36. cum seqq. vsque ad nume. 44.* & ibi Bald. *num. 13. 14. & 15. & num. 17. & 18. & num. 19. vers. sed hic quæro scilicet, num. 12. & 13.* Ias. *num. 44.* Alciat. *col. penult. & vltima.* Alexand. *cons. 14. lib. 1.* Ruin. *cons. 48. lib. 3.* Brun. *quod stantib. mascul. artic. 8. q. 25.* Franc. Piscina *in disputat. de statuto, quod stantibus mascul.* Ant. Gab. *tit. de testam. conclus. 4.* Andr. Gail. *lib. 2. obser. 123. & 124.* Bertazol. *cons. ciuili 23. & 24. lib. 1.* Rota *decis. 295. num. 2. & 304. par. 1. diuers. in nouiss.* Rota Florentina *apud celeberrimum Præceptorem meum D. Andream Facbin. cons. 87. lib. 2.* & nouissime Clarissimus vir D. Petr. Caball. *lib. 2. cons. 12. & cons. 104.* Christoforus Torniol. *lib. 1. cons. 5.* Surd. *cons. 343. lib. 3.* Gabr. *lib. 1. cons. 1.* Fab. Turrett. *lib. 1. cons. 25.* & alij plurimi ab his relati, tam ex veteribus quam ex nouis interpretibus.

2 Nimius essem, si vellem omnia DD. de hac re placita recensere, & examinare, ideò hac omissa tractatione, meam aperiam sententiam, præmitto autem materiam, hanc iuris positiui esse, & ideò liberè posse legislatorem de ea disponere. *vide l. 3. ff. de testam. l. maximum vitium, C. de lib. præter. & Inst. de testam. ordin. in princ. & ad S. C. Orfician. & Tertull.*

3 Hoc præmisso, hanc quęstionem diuido in duas partes. In prima agã de legibus, quæ reddunt incapacem acquisitionis ex testamẽto, vel ab intestato eum, qui secundum leges loci, vbi sita sunt bona, capax esset, & de illis, quę nolunt valere testamentũ, quod secundum leges huiusmodi valeret. In secunda tractabo de casu contrario, cum capacem reddunt eum, qui incapax est, secundum leges loci, vbi res sita est, & de illis, quæ volunt testamentum valere, quod eo loci non valeret.

Quod pertinet ad primam partem præmitto, quando agitur de validitate testamenti, & de eius efficacia, in primis quæritur, an is qui testatus fuit habuerit ius testamenti faciendi. Secundò, an ritè testatus fuerit, *l. 4. ff. de testam.* & cum quæritur, an quis ex testõ, vel ab intestato admitti debeat, illud in primis inspicitur, an successionis capax sit, *§. in extraneis, Inst. de hered. qualit. & differ. §. cæterum, Inst. de legitima agnator. success.*

4 Secundò præmitto non posse legislatorem ei, qui eius imperio non subijcitur, concedere facultatem testandi, quam ei adimit legislator, cuius legibus paret, sicut etiam non potest concedere ius capiendi ex testamẽto, vel ab intestato ei, cui adẽptum fuit per leges suæ patriæ, nam hæc res imperij est, & ad legislatorem pertinet, & ideò erga nõ subditos non potest exerceri hæc potestas, quia quò ad eos imperio caret, ac potestate leges ferendi, quod optimè docet Bartol. *C. de S. Trinit. l. 1. num. 26.* vbi Bal. *num. 13. & 15. & num. 19. in fin.* Salicet. *num. 10.* Alciat. *col. final.* & alij, de quibus Surd. *cons. 343. num. 6. lib. 3.*

His præmissis sic argumentor, is de quo agimus non potest testari, vel capere ex testõ, vel ab intestato, etiam si agatur de bonis alibi sitis, nisi ipsi restituta fuerit facultas per legem patriæ suæ ei adẽpta, nulla habita distinctione, qua ex causa fuerit ei sublata. Sed nullus est, qui voluerit, vel potuerit eam ipsi restituere, ergo ipse nõ poterit testari, vel capere ex testamento, vel ab intestato, etiam si agatur de bonis alibi sitis.

Maior propositio ex dictis clarissima redditur, quia non potest valere testamentum eius, qui testari nequit, nec potest vllo casu quis ex testõ, vel ab intestato capere, qui huiusmodi acquisitionis incapax est, quia hoc requisitum ex natura rei venit, & semper necessarium est; testatori autem non potest is solum, cui aufertur facultas testandi, sed etiam ille, cui conceditur limitatè, vt cum hac vel illa solemnitate testetur. vide Ruin. *cons. 160. lib. 4.* Gab. *cons. 1. num. 7. in 1.* Lud. Morot. *consil. 53. nume. 12. in 1.*

5 Minor etiam propositio, quò ad defectum potestatis, ex dictis clara redditur, quia cum legislator loci, vbi sita sunt bona, non habeat ius in personam eius, de quo agitur, quò ad eum imperio caret, & legis ferendæ auctoritatem non habet, ergo ei non potuit restituere facultatem testandi, & capiendi ab intestato, vel ex testamento, quò ad voluntatẽ verò probatur, quia non præsumitur legislator leges ferre de eo, de quo disponere non potest, & quia leges non feruntur illis, qui legislatoris imperio non obediunt. vide *c. gaudemus, vers. quid enim, de diuort.*

At

6 At dices potest, legislator de rebus, de quibus agitur, disponere, cum in eius ditione sitæ sint, ergo potest ius testandi de illis concedere, cui voluerit, ergo poterit etiam concedere facultatem capiendi illas, tam ex testamento, quàm ab intestato.

7 Vt hæc obiectio, ex qua tota hæc quæstio pendet, clarè, & solidè dissoluatur, animaduertere debemus, quando tractatur de factione testamenti, & de capacitate acquirendi ex testō, vel ab intestato, vt testamentum valere possit, & vt quis possit succedere, duo necessaria esse. Primò vt ille, qui testari vel acquirere vult, possit testari, & acquirere. Secūdò, vt id, de quo disponitur in testamēto, & quod acquiri debet ab intestato, possit acquiri ei, de quo agitur eo modo quo agitur, nec erit satis alterum ex his adesse, vt res perfecta sit, ergo non erit satis, vt legislator loci rei sitæ concedat ius cōprehendendi rē, de qua agitur in testameto, & acquirendi eam ab intestato, nisi legislator, cui persona subijcitur, concedat facultatem testandi, &

8 acquirendi eam. Hæc autem cum agitur de persona, quæ domicilium non habet eo loci, vbi res sita est, omni dubitatione carere existimo, etiamsi legislator loci rei sitæ dominetur loco originis personæ, de quo agitur, quia etiam si potestas tunc adsit, voluntas tamen deest, is enim vult leges municipales obseruari inter municipes, qui degunt in municipio.

Nonnullam tñ habere videntur dubitationem ex ijs, quæ scribit Bal. *in l. cunctos populos, num. 13. C. de S. Trinit.* quando ibi degeret, vbi res sita est, & ideò circa hoc paulatim immoremur, & dispiciamus, an possit tunc legislator loci rei sitæ restituere ius per legis patrias ei ademptum, & an id eum fecisse credendum sit, quotiescunque disertis verbis hoc non constituit.

9 Quod pertinet ad potestatem; si auctor legum municipalium imperet vtrique municipio, clarū est potestatem non deficere, & ideò tunc de sola voluntate agendum erit; si verò secus sit, iure inficiamur hanc potestatem eum habere, qm̄ domicilium alibi contractū, non eximit nos ab eius imperio, cui natiuum solum nos subiecit, vt omnes sciunt, & probat tex. *in l. incola, ad municip. in l. non dubito, de capt. & postl. reuers.* & proinde non potest ei legislator domicilij factionem testamēti, & capacitatem succedendi ab intestato, vel ex testamento, aduersus leges patriæ suæ, concedere.

10 At dices domicilium subijcit nos foro loci, vbi degimus, tam in ciuilibus, quam in criminalibus causis, immò etiam legibus eiusdem loci subijcimur, vt explicant Thom. Sancez *lib. 3. de matr. disput.* 18. *num.* 3. Io. de Salas *tract. de legib. disput.* 14. *sect.* 4. & alij passim, ergo etiam priuilegijs eiusdē loci frui debemus, nam secundum naturam est cōmoda cuiusque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda, *l. secundum natur. de reg. iur.*

11 Respondeo plurimos homines consueuisse omni tempore extra patriā degere, & quia maximū incommodum fuisset in causis contra eos motis, locum originis adire, geotium consensu receptum fuit, vt ibi conuenirentur, vbi domicilium habent.

12 Item is, qui delinquit extra patriam, offendit eum, qui ibi imperat, ideò punitur ab ipso, quia si ad locum originis remittendus esset, dānum ei illatum non posset resarciri, hoc enim fit, cum reus pœnā sceleris commissi subeundo, alios a criminibus deterret, quos exemplo suo ad idem crimen committendum incitare facilè potuit.

13 Maxima etiam rerum perturbatio esset, si aduenę non tenerentur obseruare leges eius loci, vbi degunt, & ideò legislatori licet etiam aduenas sub suis legibus cōtinere, quia legislator omnia potest, sine quibus suo munere rectè fungi non posset, *l. 2. ff. de iurisdict. omn. iud.*

14 Non rectè ergo hæc trahuntur ad quæstionem nostram, quia nullum incommodum est, nullaq́ue oritur rerum perturbatio, si aduenæ non fruantur priuilegijs municipibus concessis circa testamenta, & successiones ab intestato, & ex testamento, etiā si eisdem oneribus subijciantur, quia scienti, & volenti non fit iniuria; spontè enim patriam deserit, & eius oneribus se subijcit, dum ibi domicilium contraxit, & ideò hæc ratio non potest esse satis, vt soluatur vinculo earum legum, quibus eū origo subiecit.

15 De potestate satis, de voluntate nunc tractemus, cumq́ue agimus de legislatore, qui vtrique loco leges fert, nisi euidens voluntas sit derogandi legi municipij, de qua agimus, non est admittendum eum voluisse illam lædere, quia eius auctoritate valet, vigetq́ue iuxta regulas *l. vnic. C. de inoff. dot. c. cum expediat, de elect. in 6.* idem est dicendum, cum agimus de eo legislatore, qui huiusmodi municipio nō dominatur, quia non solet, qui leges fert, de eis cogitare, qui ei non parent, *cap. gaudemus, de diuort.* & ideò inuerisimile est eum cogitauisse de derogatione legis eius loci, cui ipse non dominatur, quod necessè est, vt is, cui per ipsam hæc facultas fuit adempta illam recuperat, quod enim non tollitur cur stare prohibetur? vt dicitur *in l. prohibemus, in fine, C. de appellat.*

16 Illud autem extra controuersiam esse videtur, quando ex iure communi ciues loci domicilij eius, de quo quærimus, habent facultatem testandi, & capiendi ex testamento, vel ab intestato, in illis casibus in quibus, ei per leges patriæ suæ hoc ius denegatur, non posse hoc ei suffragari, quia ex iure communi, quod ex legibus patriæ suę sublatum fuit, potestatem huiusmodi non potest recuperare, quod exemplo proposito palàm facere conabor.

17 Extat Pisis lex municipalis aufferens ius marito relinquendi vxoris vltra certam quantitatem, in patria autem mea secus est, non quia lege aliqua id concedatur, sed quia id prohibitum non reperitur, & sic ex iure communi, quod deficientibus legibus particularibus obseruatur. Si quæratur, an mulier Pisana Foroliuij nupta possit ex testamento coniugis capere? Respondendum est negatiuè, quia incapacitatem ex statuto Pisano contractam, non potest deponere, nisi demptus fuerit ei huiusmodi defectus per legem statuto Pisano derogantē, quod affirmare non possumus tunc factum fuisse, quia nulla adest lex, quæ de hac re loquatur.

18 Sed quid si extaret lex municipalis iubens ius cōmune obseruari deficientibus statutis, an hoc erit satis ad effectum, de quo agitur? Respondeo distinguendo, aut agitur de muliere nupta in municipio obedienti

obedienti Principi, cui eius patria ſubijcitur, aut de ea quæ nupta eſt eo loci, vbi idem Princeps leges non fert. Primò caſu puto non ſufficere, quia non deficit lex municipalis, defectus enim mulieri per ſtatutum impreſſus eam comitatur eo modo, quo vitium reale cum re tranſit. Altero verò caſu ſecus eſſe exiſtimarem, ſi poteſtatem tollendi defectum haberent legiſlatores municipij, vbi mulier nupta eſt, itaque vtroque caſu verum erit huiuſmodi ſtatutum non obeſſe.

19 Et ex his facilè intelligi poteſt non ſubſiſtere diſtinctionem factam a Bart. *in d. l. cunctos populor, num. 32. prope finem*, inter ſtatuta prohibitionem odioſam continentia, & illa quæ fauorabilē introducunt prohibitionem. Nam ſemper verum eſt, non aliter poſſe eum, cui ablata fuit facultas teſtandi, vel ſuccedendi ab inteſtato, vel ex teſtamento, teſtamentum condere, vel capere ex teſtamento, vel ab inteſtato, quā ſi ſibi defectus huiuſmodi fuerit ablatus, nulla enim extat lex quę abſtulerit eum, etiā eo caſu, quo, prohibitio odioſa eſt, & ideò euidenter verum eſt differentiam inter prohibitionem odioſam, & fauorabilem non eſſe conſtituendam.

20 Neque verò hic adaptari poteſt, quod dici ſolet extenſionem in odioſis eſſe prohibitąm, quia non tractatur de extenſione in hac quæſtione, cum ex natura rei ſit, vt defectus perſonæ impreſſus, eam comitetur quocunque iuerit, & vt is qui teſtamenti factionem actiuam non habet, non poſſit teſtari, niſi eam recuperet, vtque ille, qui incapax eſt ſucceſſionis ex teſtamento, vel ab inteſtato nunquàm poſſit ex his cauſis acquirere, niſi huiuſmodi defectus fuerit ablatus.

21 At dicees ſaltem hæc qualitas efficit vt ſtrictiſſimè prohibitio intelligatur, quia odia reſtringi fauores conuenit ampliari, *c. odia, de reg. iur. lib. 6.* vt hæc oppoſitio tollatur, animaduertere debemus, aliqua eſſe quæ ex natura diſpoſitionis oriuntur, abſque alterius opera, aliqua verò quæ ex ea non deducuntut ſine opera alterius, quæ ex natura diſpoſitionis proueniunt, non aliter, poſſunt impediri, quam ſi extrinſecus aliquid ſe ſe opponat, quia vis intrinſeca rei operatur, niſi extrinſecus impediatur. Itaque fruſtra ad impediendum effectum, de quo agimus allegatur odium diſpoſitionis, quia hoc eſt quid intrinſecus ei, nec vnquàm ab ea diſcedit, & per conſequens non poteſt eſſe ſatis ad huiuſmodi effectum impediendum, quia ſi hoc poſſet, efficeret ne diſpoſitio naturaliter hanc vim haberet.

22 De altera quæſtionis parte nunc agamus, quando ſtatutum originis capacem reddit ſucceſſionis eum, qui incapax eſt ſecundum leges loci, vbi ſita ſunt bona, & quando iubet valere teſtamentum, quod ibi non valeret.

Hac in re tres conſtituo aſſertiones. Prima hæc ſit, ſtatuta de quibus agimus pertinent ſuaptè natura ad bona alibi ſita. Secunda aſſertio, poteſt tamen ſtatutum loci rei ſitæ impedire effectum horum ſtatutorum, non præſumitur tamen, hæc eſt tertia aſſertio, id feciſſe, niſi euidenter id conſtiterit.

23 Pertinere hæc ſtatuta ſuaptè natura ad bona alibi ſita, vt poſſim oſtendere, præmitto nos agere de bonis ſitis apud populos fęderatos, apud quos retinemus rerum noſtrarum dominium, ſicut ipſi apud nos, *l. non dubito 7. ff. de cap. & poſtlum. reuerſ.*

24 Hoc poſito ſic arguo, Res, de qua agimus ex iure perſonę pendet, ergo debet determinari ex legibus eius, cui perſona paret.

Antecedens probatur, quia cum quærimus, an ex teſtamento quis ſuccedere poſſit, quærimus an teſtator potuerit teſtari, & an ritè teſtatus fuerit, & vtrum ille, cui hæreditas & bona teſtatoris fuerunt relicta, fuerit, ſitque acquiſitionis capax, *iuxta l. 3. ff. de teſt. §. in extraneis, Inſt. de hæred. & diff.* Idem accidit, cum quæritur de ſucceſſione ab inteſtato, tunc enim quæritur, quis capax ſucceſſionis teneat gradum proximum.

Conſequens verò probatur, qnia circa perſonas diſponere pertinet ad eum, qui perſonis imperat.

25 Secundam aſſertionem ſic probo. Quilibet Princeps diſponit de perſonis, & rebus in ditione ſua poſitis, niſi exemptæ ſint propter religionem, vel ex conuentione, aut alia ratione, ergo poterit diſponere de rebus, & circa res, de quibus agimus, impediendo ne transferantur niſi ad certas quaſdā perſonas, & certis quibuſdam ſolemnitatibus obſeruatis.

Antecedens eſt manifeſtum, ſicut etiam conſequens, quia qui poteſt de re, & circa res diſponere, pōt modos præſcribere eas acquirendi, quibus non obſeruatis acquiti non poſſint, idem ius eſt etiam quo ad perſonas.

26 Poſtrema erat concluſio, non præſumi legiſlatorem voluiſſe impedire effectum ſtatutorū, de quibus agimus, niſi euidenter appareat, vt hæc aſſertio clarè probetur, meminiſſe oportet, leges ferri, vel de rebus, vel de perſonis. De rebus lex diſponit, quantum ad quæſtionem noſtram ſpectat, cum vetat eas in certum genus perſonarum tranſferri, puta in non ſubditos, vel cum vetat eas alienari non requiſitis vicinis, vel non ſoluto vectigali. Circa perſonas verò lex diſponit, quò ad rem noſtram, cum ſolemnia in rebus alienandis pręſcribit, cum ſuccedēdi capacitatem concedit, vel adimit, aut cum ius teſtandi largitur, vel auſert.

27 Quando lex de rebus diſponit, tunc euidens eſt nolle auctorem legis aliud ius circa res in ſua ditione ſitas obſeruari, & ideò quò ad hoc caput res explorata eſt. Cum verò de perſonis, & circa eas ſancit, vt eorum commodis, & incolumitati conſulat, vel vt ſcandala tollat, exiſtimo eius mentem non eſſe continere eos, qui ſibi non parent; nam, quid ad nos de illis qui foris ſunt? vt poſt Diuum Paulum dicitur *in cap. gaudemus, de diuort.* & ideò inueriſimile eſt eum voluiſſe obſeruari leges a ſe datas a perſonis ſibi non ſubditis, etiamſi agatur de acquiſitione rerum in ſua ditione ſitarum, quia nihil ſua intererat quo iure in earum acquiſitione vtantur, idque exploratum eſt, cum is, de quo agimus, non degit in loco vbi res ſita eſt, nam legiſlator de his non cogitat, qui extra ſuum imperium omninò ſunt.

28 Ex quo tollitur argumentum, quod inſolubile videtur, non poſſe ſcilicet quem corrigere leges ab

alio

alio Principe latas, cum agitur de rebus in eius ditione existentibus, quia cum Princeps leges de quibus agimus, tulerit suis, non externis, non est opus correctione aliqua; lex enim nõ ligat, nisi eos, quos voluit eius auctor in ipsa contineri, quæ ratio efficit, vt idem iuris esse existimem, etiam si ibi, is de quo quærimus, domicilium habeat, vbi sita sunt bona, nihil refragante recepta sententia leges domicilij obseruandus esse in ijs, quę ad solemnitatis actus pertinent, quia huiusmodi assertio accipi debet, cũ de contractibus agitur, & de illis actibus, qui cum alio geruntur, nõ autem de testamentis; quid enim refert legislatori, qua ratione aduenæ testentur?

Hæc satis esse existimo ad hanc sententiam firmandã, & ad respondendum argumentis, quæ contra afferri possunt, & ideò ad alia me transferam.

Executor testamenti cui fuit concessa libera potestas vendendi res hæreditarias pro executione voluntatis testatoris, an possit vendere non vocato hærede. Cap. XXXVI.

1 NOn posse executorem, cui testator liberam facultatem concessit, res hæreditarias distrahere inscio hærede scripserunt Bart. *in l.alio, num.16. vers.sed si haberet, ff.de alim.leg.* Alex. *in l.1.num.14. ff.de leg.2.* Ruin.*cons.84.num.13.lib.2.*

2 Mouentur primò *ex l.creditor la seconda, C.de distract.pign.* vbi dicitur non licere pignora vendere inscio debitore.

Respondeo ibi non agi de creditore, cui libera vendendi potestas fuerit concessa, nec rationem parem esse, quia de executore minus debemus suspicari, cum in potestate testatoris sit eum eligere.

3 Secundò adducitur *l.1.§.cum dicitur, ff.si cui plus quam per legem Falcid.* dum docet legatarios, & fideicommissarios esse vocandos ab hærede, cũ quęrit hæreditatis vires, vt constare possit, an sit locus legi Falcidiæ.

Respondeo hæredem hoc inquirere, non ex facultate sibi data a testatore, sed ex iure sibi ex lege Falcidia competente, & ideò cum in lege Falcidia non contineantur aliqua verba, ex quibus intelligi possit hac in re liberam potestatem ei fuisse concessam, nõ est cur hinc argumentum colligamus, cum termini sint adeò dispares.

4 Tertium argũ desumitur *ex l.in tres 20. & in l.seq.ff.de arbit.* dum docet sententiam arbitrorũ esse nullam, etiam si maior pars consenserit, nisi omnes fuerint vocati, quia ille, qui non fuit vocatus poterat alios in aliam sententiam trahere, nam & hæres, si vocaretur, forsan in aliam sententiam executorem traheret.

Respondeo tres arbitros fuisse electos, & ideò mentẽ partium fuisse, vt trium sententiæ circa eorum controuersiam audirentur, & ideò non est mirum, si sententia duorum alio inscio lata, non valeat, quia ille forsan alios in suam traxisset opinionem; nõ debet ergo in hac quæstione allegari, quia solius executoris fides, & diligentia fuit electa, caue autem, ne putes indistinctè valere illam rationẽ, *quia alios in suam sententiã trahere poterat*, quia hinc facilè colligere possemus omnium, qui rei huiusmodi periti essent, esse perquirendas sententias.

5 Postremò dicebat Bart. facultatem executori concessam sic esse accipiendam, vt bona fides non desideretur, ergo non debemus asserere, ei licere rem distrahere inscio hærede, quia cum ei hoc obesse non parum possit, bona fide non videtur agere is, qui eo inscio id facit.

6 Respondeo testatorem, dum voluit executorẽ liberè posse ea facere, quæ necessaria erant pro executione suæ voluntatis, abstulisse facultatem hęredi contradicendi, hæc enim est ius illius aduerbij liberè, vt silere faciat eum, qui aliàs poterat se se opponere, vt rectissimè scripserunt Ias. *in l.1.num.3. in fine, C.de S.S. Eccles. in prima lectura.* Curt. iun. *cons.2.num.3.* Rolan. a Valle *cons.42.num.18.in 1.* Surd. *cons.143.num.23. & decis.172.num.13.*

7 Contrarium igitur verum puto, quia testator, qui liberam concedit vendendi potestatem rem religiosi executoris ita committit, vt nolit eum ab alio impediri posse, tunc enim non esset libera potest, ergo frustra desideratur p̃sentia hęredis, quia rectissimè nostri docent, non esse vocandum eum, qui si vocatus esset contradicere non posset. *vide l. qui potest*, & ibi Dec. & Cagnol.*ff.de reg.iur.* Anto. Gabr. *tit. de citat. concl.1.num.348.* & alios, de quibus Surd.*cons.323.num.41.* vt alios prætercam.

8 Quibus accedit receptissima nostrorum sententia, dum docent eum, qui liberè agere potest, non teneri vocare eos, qui aliàs vocandi essent. vide Dec.*cons.360.num.5.* Ias. *in l.1.num.5.in 1.lect.C.de S.S.Eccl.* Rolan. a Valle *cons.42.num.19.& 20.lib.1.* Menoch. *de adipisc. poss. remed.2.nu.53.* Decian.*cons.44.num.91.lib.4.*

Possit ne hæres eius, cui legatum factum est in damnum alterius, illud repudiare ad l.6.ff. quæ in fraud. credit. *Cap. XXXVII.*

1 SI Titius, cui Caius legauit domum, decesserit antequàm illud agnouerit, tractant nostri, an legatũ possit repudiari ab eius hærede, quotiescũque hoc damnosum alicui est, in variasque diuiduntur sententias. vide Bar. & DD. *in l.si mihi 12.ff.de leg.1.* Couar. *in c. Rainutius, §.3.num.12.13.& 14. de testam.* D.Fachin.*lib.6.c.83.*

2 Quò ad legatarios, quorum interest opulentam esse hæreditatem, ne per legem Falcidiam diminuantur legata, repudiationem non nocere exploratum est *ex l.liberto 26.ff.de bon.damn.* ex qua lege idem censendũ est, quò ad eos, quibus legitima debetur, quia eius quantitas inspicitur secundum tẽpus mortis testatoris, *vt in Auth. de trien. & semis.*

3 Quò verò ad creditores res ambigua videtur: pro creditoribus vrget æquitatis ratio, quæ non patitur alterius culpa ius eorum diminui: contra illos autem vrget id, quod habetur *in l.6.ff.quæ in fraud. cred.* non posse creditores reuocare id, quod debitores in eorum fraudem noluerunt acquirere, & specialiter ibi id dicitur de eo, qui legatum repudiauit in fraudem creditorum.

4 Distinguẽdum esse censeo, aut enim agimus de actione hypothecaria, aut de personali, si de hypothecaria sit sermo, puto euidenter verum esse, repudiationem nocere creditori, quia legatum manet in suspenso, quousque legatarius suam volun-

tatem declarauerit, ſi enim illud agnoſcere noluerit, in eius dominio res legata nunquam fuiſſe videtur, *l.ſi tibi homo 88. §. eum ſeruus, de leg.* 1. hæres itaque legatarij, qui legatum non agnitum repudiare poteſt, *l.ſi mihi* 12. *l. ſi fundum, §. ſi totus, de leg.* 1. efficit, ne res legata in bonis defuncti vnquã fuerit, ſtatim, ac illud repudiat, & ideò deſtruit fundamentum, cui hypothecaria nititur: & licet dolosè, & fraudulenter id fecerit, non tamen refert, quia non propterea repudiationis ius imminuitur, *l.6.ff. quæ in fraud.*

5 Si verò de perſonali agatur, puto eis non nocere repudiationem per tex. *in l.final. §. & ſi præfatam, C.de iur. delib.* dum ait, hæredem, qui inuentarium fecit, teneri creditoribus defuncti, inquantum res ſubſtantiæ teſtatoris ad eum deuolutæ valeant, nõ poteſt enim negari res legatas ad eum fuiſſe deuolutas, & ideò eas eſſe partem ſubſtantiæ defuncti ad eum deuolutæ.

6 Et ex his intelligimus, quemadmodum accipiẽda ſint argumẽta ex aduersò propoſita, nam quod deducitur ex eo, quod æquitatis ratio non patiatur ius creditoris diminui ex facto debitoris, tollitur *ex l.6.ff. quæ in fraud. cred.* id ſcilicet procedere in illis, quæ in patrimonio debitoris ſunt, quia in eis, quæ extra eius patrimonium ſunt nihil iuris habet creditor, & ideò propriè loquendo eius iuribus nõ detrahitur.

7 Ad id verò, quod deducitur *ex d.l.6. quæ in fraud. cred.* reſpondetur loqui de ipſomet debitore, inter quem, & hæredem ea eſt differentia, quod perſonalis actio, quę contra debitorem competit, poteſt contra eum liberè exerceri, ea verò, quæ aduerſus hæredem, qui fecit inuentarium, exercetur, ſecundum modum ſubſtantiæ ad eum deuolutæ operatur, & ideò exercetur etiam reſpectu legati repudiati.

8 Videamus nunc de eo, ad quem res legata peruentura erat per fideicommiſſum, vel pleno iure, ſi legatum fuiſſet agnitum, an repudiatio hæredis, de quo agimus ei noceat: non nocere ſua dere videtur primò, quod de legitimo patrimonio legitur *in l.liberto, ff. de bonis lib.* æſtimandam eſſe hæreditatem habita ratione legati repudiati, quemadmodũ enim repudiatio obeſſe non potuit patrono, ita nõ videtur nocere ei de quo agimus. Secundò quia iuri ſuo quidem poteſt renuntiare, alieno verò nequaquam.

9 Duobus modis hæc dubitatio accidere poteſt, aut enim agimus de eo, ad quem per fideicommiſſum, vel alio iure res peruentura eſt, ſi in bonis, vel in patrimonio defuncti, vel eius hæredis fuerit, vel ſi in hęreditate defuncti fuerit. Primò caſu res explorata eſt contra eum, qui rem petit, quia repudiatio efficit, ne vnquam in bonis, vel in patrimonio illius fuerit, *l.ſi tibi homo 88. §. cum ſeruus, ff. de leg.* 1. & ideò *in l.liberto, de bonis damnator.* dicitur per huiuſmodi legatum effici, vt videatur defunctus plus in patrimonio habuiſſe, quia reuera non eſt in patrimonio. Secundò caſu res clara videtur ad fauorem eius, qui rem petit, nam legatum contineri in eius hæreditate probare videtur expreſsè tex. *in d.l.liberto, ff. de bon. damn.*

10 In contrarium tamen eſt veritas, quia repudiatio efficit, ne res legata vnquã fuiſſe legatarij cenſeatur, *d.§. cum ſeruus*, & ideò efficit, ne cenſeatur in hæreditate eius fuiſſe, quia hæreditas nihil aliud quam vniuerſum ius defuncti continet, & ideò I.C. *in d.l.liberto*, non dixit legatum in hæreditate fuiſſe, ſed hæreditatẽ pluris vẽnire potuiſſe, quod longè differt, quia vt in hæreditate ſit, neceſſe eſt vt ius fuerit quæſitum, vt autem pluris vẽnire poſſit, ſatis eſt, quod poſſit facilè acquiri.

An teſtamentũ, in quo filius in poteſtate exiſtens fuit præteritus ſuſtineatur ex conſtitutione Iuſt.* in §. ſiue igitur, Auth. vt cum de appell. cognoſc. ad Auth. ex cauſa, C. de lib. præter. *Cap. XXXVIII.

1 EXiſtimauit Bart. in commentarijs *ad Auth. ex cauſa, C. de lib. præterit.* conſtitutionem Iuſtiniani *in §. ſiue igitur, Auth. vt cum de appell. cognoſc.* pertinere etiam ad filios in poteſtate exiſtentes, vt ſcilicet teſtamentum, in quo fuerunt præteriti, quo ad legata, fideicommiſſaque ſuſtineatur, & cum eo poſteriores interpretes frequẽtiſſimis calculis idem opinantur, vt colligi poteſt ex commẽtarijs *ad d. Auth. ex cauſa*, eandem ſentẽtiam tuetur clariſſimus D. Fachin. *lib.6.c.77.& lib.10.c.70.*

2 Aliud tamen cenſent vetuſtiores interpretes, vt cõſtat ex Azon. *C. de lib. præt.* ex Accurſ. *ad §. aliud quoque capitulum, littera E. Auth. vt cum de appell. cogn. & cum bis ſentiũt* Goffred. *in l.filio præterito, a num.3. ad nu.11.ff. de iniuſt. rupt.* Fulgoſ. *in d. Auth. ex cauſa*, vbi Io. Bologn. *à nu.27.* Cuiac. *ad l.8.§. ſed nec impuberis, ff. de inoff. teſt. in l.filio præterito, ff. de iniuſt. rupt. in commentar. & lib.5. reſp. Pap.* & acutiſſimus Antonius Faber *decad.20. error.4.*

3 Dedit occaſionem huic controuerſiæ, quod in d.conſtitutione, qñque de pręteritione, & exhæredatione fit mentio, quandoque verò de ſola exhęredatione agitur. De præteritione, & exhæredatione fit mẽtio *in §. aliud*, dum ait, *Sancimus non licere penitus patri, vel matri ſuũ filium, vel filiam, vel cæteros liberos præterire, aut exhæredet facere in ſuo teſtamento, & in §. iuſtum autem, in fine*, inquit. *Et quidem exhæredationis, & præteritionis pœnæ contra prædictas perſonas ſtatuendæ ſunt*, & *in §. hæc autem*, poſt principium, *Sola enim eſt noſtra Serenitatis intentio a parentibus, & liberis iniuriam præteritionis, & exhæredationis auferre.*

4 De ſola autem exhæredatione loquitur *in §. ſiue vnam, de ptĩr*, ibi enim declarans ea, quæ ſuperius dixerat, ait, *Sed hæc quidem quantum ad perſonas dictas ſunt, quas exhæredare non licet, niſi ingratitudinis cauſa vbique approbari contigerit*, & *in §. ſiue igitur*, colligens concluſionem ex illis, quæ diſpoſuerat, ait, *Si autem hæc obſeruata non fuerint exhæreditatis liberis nullum præiudicium generari.*

5 Ex hac varia, inquam, loquendi ratione controuerſia oritur, nam qui aiunt in hac conſtitutione contineri præteritionem paternam, vrgent eos locos, in quibus Imperator tractans de parentibus vtriuſque ſexus, nulla facta diſtinctione de præteritione, etiam meminit, qui verò contrarium tuentur vrgent locos, in quibus de ſola exhæredatione fit mentio.

6 Ego illis adhæreo, qui præteritionem filij exiſtentis

stentis in potestate negant in hac constitutione cõtineri, quam opinionem, vt veriorem esse ostendam, animaduertere oportet constitutionem Iustiniani, quo ad rem nostrã, quattuor habere partes. In prima generaliter sancit parentibus vtriusque sexus non licere liberos exhæredare, vel præterire, nisi iusta ex causa. In secunda tractat de causis iustis exhæredandi liberos. In tertia tractat de iustis causis exhæredandi parentes. Prima pars habetur *in §. aliud quoque capitulum*. Secunda *in §. causas autem iustas, & in §§. sequentibus*. Tertia *in §. iustum autem, & in §§. sequentibus*. In quarta epilogum totius dispositionis continet, quæ habetur *in fine §. iustum autem, & in §. seq.* vt ergo eius mens clarè constet, de singulis partibus separatim tractemus.

7 Verba primę partis hæc sunt, *Sancimus igitur nõ licere penitus patri, vel matri, auo, vel auiæ, proauo, vel proauiæ, suum filium, vel filiã, vel cæteros liberos præterire, aut exhæredes in suo facere testamento, nisi forsan probabuntur ingrati, & ipsas nominatim ingratitudinis causas parentes suo inseruerint testamento*.

8 Cur hoc loco Iustin. de præteritione mentionẽ faciat, euidẽs causa est, quia olim licebat matri, & parentibus ex eius latere non modo liberos exhæredare, sed etiam præterire, *§. fin. Inst. de exhæred. lib.* & ideò opus fuit, vt Iustinianus, qui vtrumque vetare volebat, faceret de præteritione mentionem, non est igitur ex hoc loco colligendum Iustinianum, qui nouum ius introducere profitetur loqui de præteritione paterna, quia respectu eius nõ erat opus noua constitutione; constat enim ius vetus non permisisse parentibus liberos, quos in potestate habebant, præterire. Itaque, si quis ita ratiocinaretur, verba Iustiniani non continent præteritionem filij in potestate existentis, ergo permissum est filium in potestate existentem præterire, perperam ratiocinaretur, cum enim iure veteri id vetitum non fuit opus, vt Iustinian. id rursus prohiberet; hactenus de prima parte, de secunda nunc agamus.

9 Exponit in hac secũda parte Iustinianus, ex quibus causis parentes liberos a sua possunt excludere hæreditate, nullamque facit de præteritione mentionem, sed solum de exhæredatione meminit, & primò, dum ait. *Vt si quidem postea facere potuerint testamentum, sit eis pro tali causa liberos exhæredandi licentia*. Rursus exhæredationis tantum meminit, dum ait, *Sed hæc quidem, quantum ad personas dicta sunt, quas exhæredare non licet, nisi ingratitudinis causas vbique approbari contigerit*. Iterum dum ait, *Pro hac maximè causa ingratos eos, & exhæredes in suo scribere testamento*. De exhæredatione etiam solummodò meminit, cum decernit legata & fideicommissa salua manere, inquit enim. *Si autem hæc obseruata non fuerint, nullum exhæredatis liberis præiudicium generari*.

10 Cum itaque Iustinianus in hac parte constitutionis, in qua id ipsum, quod quærimus, tractat ex professo, nulla faciat de præteritione paterna mentionẽ, euidens est eum noluisse eam in sua constitutione contineri, quia a verisimili nimis distat, Iust. plurimis verbis in hac vtitur constitutione, vt vno verbo parceret, voluisse tantam relinquere dubitandi occasionem, nemo enim qui sciat Iustin. profiteri, nihil adeò proprium legis esse, ac claritatem, *vt in Auth. de imperfect. testam. in princ.* sibi poterit persuadere, eum de præteritione, de qua disertè non meminit, etiam statuere voluisse.

11 Cuius argumenti pondus non eneruant, dum aiunt Iustinianum accipere largè verbum exhæredare, quatenus præteritionem continet, argum. *l. si patronus, ff. de bon. lib. l. non putauit, vers. non quæuis, ff. de bon. poss. contra tab.* quia exhæredationis verbo non potest præteritio significari sine magno incommodo; exhæredare enim significat actum positiuum, quo aliquem priuamus nostra hæreditate, *vt in l. 1. ff. de lib. præter. & Inst. de exhæred. lib.* præterire autem significat actum negatiuum, quo aliquem a nostra excludimus hæreditate, & ideò res, que sibi aduersantes hisce verbis exprimuntur, non consistunt enim inter se simul, aliquem per actum positiuum hæreditate priuatum fuisse, & eundem silentio testatorem inuoluisse, per illud enim hoc excluditur, nã non potest quis per actum positiuũ ab hæreditate excludi, nisi eius merito fiat, vel nominatim, vel per sermonem generalem, aut per aliquam demonstrationem, *iuxta l. 1. & 2. ff. de lib. præt.*

12 Nec contrarium probant loci adducti, nam *in d. l. non putauit*, nihil aliud habetur, quàm in edicto Prætoris exhæredationem nõ ritè factam pro præteritione accipi, quod nihil commune habet cum re nostra, quia toto cœlo distant, exhæredationis verbo præteritionem significari posse, & in edicto Prætoris eam solam exhæredationem admitti, quę ritè facta fuit.

13 *In l. si patronus 12. ff. de bon. lib.* habentur hæc verba, *Si patronus testamento iure militari facto filium silentio exhæredauerit, debebit ei nocere exhæredatio, verum est enim hunc exhæredatum esse*. Hunc tex. nobis nihil obesse, vt ostendã, præmitto præteritionẽ militis pro exhæredatione esse, *l. sient, C. de milit. testam. l. Paulus 47. in fine, ff. de bon. lib.* non obest ergo nobis hic tex. dum ait filium præteritum a milite exhæredatum esse, quia re ipsa exhæredatus est, cũ idem sit militi præterire, & exhæredare.

14 Non nocet etiam, dum I.C. volens exprimere eum fuisse præteritum, inquit, *filium silentio exhæredauit*, quia aliud est dicere, eum, qui fuit præteritus silentio fuisse exhæredatum, aliud dicere, eum fuisse exhæredatum, nam illo verbo silentio coarctatur, vis propria verbi exhæredo, quæ est exprimere actum positiuum, quo hæreditatem nostram alicui aufferrimus.

15 At dices, Iustinianus *in §. aliud quoque capitulum*, expressè sancit non licere parentibus vtriusque sexus liberos præterire, vel exhæredare sine iusta causa, ibique profitetur se velle exponere causas, quibus id facere liceat, ergo dum deindè tractat de hisce causis, & de sola exhæredatione meminit, sub hoc verbo præteritionem continet, quia aliàs non adimpleret id, quod facere pollicitus fuerat.

16 Responsio matris præteritionem pro exhæredatione haberi, *§. final. Inst. de exhæred. lib.* cum ergo Imp. locutus fuisset dummodò *in d. §. aliud quoque capitulum*, de præteritione matris, & eorum, qui ex eius latere sunt, satis commodè eam continet sub exhæredationis nomine, quod nobis non

nocet, quia præteritio patris non habetur pro exhę redatione niſi in illis, qui iure militari teſtantur.

17 His accedit, ea poſitionem aduerſariorum a mẽ te Iuſt. recedere, plurimumque iura vetera offendere, Iuſtin. enim ſuam mentem in hac conſtitutione exponens *in §. diſpoſuimus*, ait, *Hac autem diſpoſuimus, vt & parentes, & filios teſtamentorum iniuria liberos reddamus*, & paucis interiectis, ait, *Sola enim eſt noſtræ Serenitatis intentio a parētibus, & liberis iniuria præteritianis, & exhæredationis auſferre*, quod melius Haloander exprimit dum ait, *Hac autem ita hac forma præpoſuimus, vt tàm parentes, quàm liberos teſtamentaria contumelia liberemus, vna enim noſtræ Serenitatis cura eſt, vt præteritionis, & exhæredationis contra parentes, & filios contumeliam perimamus.*

18 Ex his verbis intelligimus non eſſe mentem Iuſtiniani iuribus filiorum familias detrahere, ſed eũ velle ab ipſis iniuriam exhæredationis, & præteritionis tollere, iniuriæ enim loco eſt filium exhæredari, vel præteriri. vide *l. multi non notæ, ff. de lib. & poſth. l. Paulus* 47. *de bon. libert. l.* 20. *verſ. ne filium, de contrat ab. l.* 18. *C. de inoff. teſtam. l.* 1. *verſ. neque notam, de coning. cum emancip. lib. Sueton. in Auguſt. c.* 66. ergo non debemus admittere eum in ſua conſtitutione continere voluiſſe præteritionem patris, quia hac ratione plurimum detrahitur filijs, cum enim ea iure veteri teſtamentum ipſo iure corruerit ea conſtitutione Iuſtin. quo ad legata fideicommiſſa cæteraque capitula ab inſtitutione ſeparata, conſeruaretur.

19 Aduerſatur etiam iuribus veteribus hæc expoſitio, quia multis iuris principijs ſuſtinetur teſtamentum, in quo filiusfamilias fuit præteritus, & per conſequens non eſt recipienda, ſi modò verba Iuſtin. ſecundum iuris principia poſſint commodè accipi, quod cum fieri oſtenderim, non rectè ratiocinantur aduerſarij dũ aiunt, verbũ exhæredo præteritionem paternam poſſe continere, ergo in verbis de quibus agimus eam continet, quia ad reijciendam expoſitionem, quæ corrigit iura vetera, ſatis eſt aliam interpretationem, non incommodam legi nouæ poſſe adaptari *l. vnica, C. de inoff. dot.* & exploratum eſt.

20 Aggrediamur nunc tertiam partem, in qua Iuſtin. numerat cauſas, ex quibus parentes a liberis poſſunt exhæredari, in hac autem parte diſtinctè de præteritione, & exhæredatione meminit in initio *§. iuſtum*, quòd nobis ideò non obſtet, quia ſecundum iuris noſtri regulas, plurimum diſtant præteritio filij a patre facta, & præteritio patris a filio facta.

21 Supereſt, vt de quarta, & poſtrema parte conſtitutionis agamus, in qua Iuſtin. epilogans ea, quæ diſpoſuerat, ait *in fine §. iuſtum, & hæ quidem exhæredationis, aut præteritionis pœna, quantum ad ingratitudinis cauſam contra prædictas perſonas ſtatuendæ ſunt*, & in §. ſequenti ait, *Sola eſt enim noſtræ Serenitatis intentio a parentibus, & liberis iniuriam præteritionis, & exhæredationis auferre.*

Et ſi his verbis de exhæredatione, & præteritione mentio fiat, non tamen ſequitur Imp. de præteritione paterna intelligere, quia ſe refert ad dicta in ſuperioribus verbis, in quibus cum oſtenſum fuerit, eum ſolum egiſſe de præteritione matris, & filiorum erga parentes, ſequitur eundem ſenſum his verbis eum habuiſſe, relatum enim, vt dici ſolet, eſt in referente cum ſuis qualitatibus.

22 Quę expoſitio eo facilius recipi debet, quòd admiſſa ea, quam aduerſarij afferunt, falſum redditur id, quod ait Iuſtin. in illiſmet verbis, quæ expo nimus, nempè eius intentionem fuiſſe iniurias præteritionis a filijs auferre, confirmare enim ex parte teſtamentum, in quo filiusfamilias fuit præteritus, auget, non minuit iniuriam ei per præteritionem illatam.

An diſpoſitio Authent. præterea, C. vnde vir, *ſit fauorabilis, & latè interpretanda, & an habeat locum ad fauorem viri inopis cum vxor diues eſt. Cap. XXXIX.*

1 Nonnullæ ſunt dubitationes circa Iuſtiniani conſtitutionem, de qua *in Auth. præterea, C. vnde vir, & vxor*, ante omnia tamen explicare opor tet, an hæc materia ſit latè, an ſtrictè intelligenda; & ſtrictè intelligendam eſſe concludo ſequutus auctoritatem Rotæ Rom. quæ ita docuit *deciſ.* 202. *num.* 9. *p.* 2. idem ſcribit Barz. *deciſ.* 128. *num.* 50. *in fine, &* 131. *num.* 4. Surd. *de alim. tit.* 9. *priuileg.* 37. *num.* 21. *& ſeq.*

2 Huius opinionis fundamentum in eo conſiſtit, quòd ea, quæ contra rationem iuris fuerunt introducta ſtrictam accipiunt interpretationem, *l. quod verò, ff. de legibus.*

Igitur hęc deciſio eſt ſtrictiſſimè intelligenda, pluribus enim modis iuris ratione aduerſatur.

Nam iuris ratio ſucceſſionem defert filijs, eiſque primum locum concedit, *l. finali, ff. de bon. damnat.* quæ in vulgaribus exemplaribus eſt rea t. 1. tit. ſeq. idẽ habetur *in Auth. de hæred. ab inteſt. venien. in princ.* ergo hæc conſtitutio, quę æquat coniugem filijs, iuris rationi aduerſatur.

3 Secundò, omnium prudentum auctoritas, & lex ipſa naturæ præfert conſanguineos coniugi, *l. finali, C. quorum bon.* & tamen hæc conſtitutio præfert coniugem conſanguineis.

4 Tertiò, non minus debetur hæreditas filiorum parentibus, quàm debeatur hæreditas parentum filijs, *l. nam etſi parentibus, ff. de inoff. teſtam.* ergo nullus præferendus eſt parentibus in liberorum hæreditate, ergo hæc conſtitutio, quæ coniugem parentibus præfert, iuris rationem impugnat.

5 Quartò, quid magis tritum eſt, quam in vltimis voluntatibus voluntatem teſtatoris veluti Reginã dominari? & tamen Iuſtinianus portionem hanc, quam coniugi pauperi conſtituit, etiam inuito coniuge defuncto ſuperſtiti coniugi defert.

6 Quintò, hęc conſtitutio nonnullam occaſionem afferre videtur coniugi obſequia prætermittendi erga alium coniugẽ diuitem, dum legis auxilio confidens bonorum eius portione debita ſe non poſſe priuari nouit.

7 Quę cum ita ſe habeant, non eſt mirum ſi in Gallia hæc conſtitutio non obſeruatur, Menoch. ad Dec. *hic in prima add.* eamque fuiſſe Mediolani correctã, vt in ſtatuto 296. & in pleriſque ciuitatibus Italiæ, teſte Alciato *conſ.* 252. *num.* 1.

Videant

8 Videant igitur viri prudentes, qua ratione Leo Imperator *in Nouell.* 106. dixerit legem Iustiniani postremam, quæ priorem legem moderando, concedit vxori solum vsumfructum liberis extantibus, absurdam esse, & ab æquitate recedere.

Videant etiam qua ratione affirmauerit hanc quartam esse fauorabilem Rol. a Vall. *lib.3. conf.14. num.37.*

9 Nunc exponere oportet, an beneficium huius legis detur viro inopi in bonis vxoris diuitis, & extiterunt olim nonnulli, qui negabant hoc beneficium competere viro inopi, quorum opinionem refert glos. *in §. quia viro, Authent. vt liceat matr. & auiæ*, idem docuit Cuiac. in *Nouell. l.53. in fine*, quæ opinio nigros tulit lapillos, reliqui enim interpretes contrariam sequuntur opinionem.

10 Tota difficultas consistit in intellectu *§. quia viro, Auth. vt liceat matr. & auiæ*, dum ait secundum vulgatam translationem. *Virum enim in talibus casibus quartam secundum priorem nostram legem accipere modis omnibus prohibemus*, a qua non dissentit Agyleus, sic enim vertit. *Maritum verò in istis huiusmodi speciebus quartam partem substantiæ vxoris secundum priorem nostram legem capere omnibus modis prohibemus*. Communis opinio hæc verba refert ad quartam marito delatam, cum iniustè repudium mittit vxori, contrariæ autem sententiæ sectatores ad quartam ex causa inopiæ marito in bonis vxoris debitam ex prioribus legibus, dicta verba trahunt.

11 Ego cōmuni opinioni non possum assentiri hac ratione, quòd Iustinianus *in Auth. vt fratr. filij, §. finali*, asserit, se in huiusmodi constitutione maiores pœnas statuisse contra mulieres iniustè a viris discedentes, quàm fecerit contra viros iniustè vxoribus repudij libellum mittentibus, quod ipsum patet ex *§. quia viro quædam, d. Auth. vt liceat matri, & auiæ*, ergo non est credendum pęnam constitutam aduersus coniugem iniustè ab alio diuertētem quò ad fauorem vxoris durare, & quò ad fauorem mariti fuisse a Iustiniano sublatam.

12 Existimo igitur huiusmodi verba intelligenda esse de portione ex prioribus legibus inopi marito debita in bonis vxoris diuitis prædefunctę, quæ expositio disertè probatur ex verbis eiusdem tex. secundum Haloandri translationem, cui plurimum tribuere viros doctos notum est, sic enim ait.

Maritum autem inopem, & qui donationem propter nuptias non obtulit, lege nostra capere aliquid ex substātia vxoris modis omnibus probibemus, nisi prorsus, & ipsi coniux donare, aut relinquere voluerit.

13 Confirmat eandem interpretationem id, quod legitur *in Auth. vt nulli iudicum, §. finali. Si verò mulieres* (sunt verba tex.) *habeant, qui condemnati sunt, omnibus modis iubemus istas, & dotem, & antenuptialem donationem accipere, si verò sine dote talibus personis coniunctæ fuerint, a legibus definitam partem de tota substantia condemnati, eas accipere, siue filios habeant, siue non.*

Si enim quarta marito inopi ex prioribus legibus delata nō fuisset sublata, vtique in ea idem constituturum fuisse Iustinianum credendum est, cum nulla differentiæ ratio afferri possit, & coniuges pari iure vti adinuicem omnis ratio postulet, & proinde de ea specificam mentionem fecisset, ne eam omittendo dubitationes, quas tollere semper studebat, ex natura legis illius, quæ est correctoria, fiscoque præiudicialis, orientes, pareret, quæ valdè difficiles fuissent, & arduæ propter morositatem eorum, qui fisci patroni sunt; quod verisimilius redditur ex eo, quòd Iustinianus solitus est plurimis verbis vti in suis legibus explicandis, & ex eo, quòd in anteactis legibus, de hac materia agentibus specificè de vtroque coniuge mentionem fecit, *vt in §. finali, Auth. de exbib. reis, l. iubemus, C. de repud. §. sic itaque, & §. seq. Auth. de nupt.* atque ita hanc rem intellexisse, videtur Leo Imperator *Nouell.* 106. in ea enim agens, de legibus Iustiniani circa hanc rem latis, nullam de marito mentionem facit, de solaque vxore agit.

Dispositio Auth. præterea, *an habeat locum in vxore habente paruam dotem. Cap. XL.*

1 MAgna est nostrorum concertatio, an dispositio *dicta Auth. præterea*, quæ loquitur de muliere indotata, habeat locum in ea, quæ paruā dotem habet, quod enim habeat tunc locum scribunt Bal. hic *in vlt. quæstione*. Salic. *num.5.* Paul. de Castr. *num.6.* Alex. *num.4.* Aret. *post primum notabile, vers. & quod dicitur.* Ias. *a num.3.* Dec. *num.3. in fine, & num.4. & 5.* Marcus Mantua *num.15. & 16. plene.* Rol. a Vall. *conf.14. lib.3.* Tib. Decian. *conf.70. num.12. vers.3. lib.2. & conf.111. num.16. lib.3.* cum alijs, de quibus Cæsar Bar. *decis. Bononiē. 128. num.1. cum seq.* Surd. *conf.112. num.84.* Bertazol. *conf.79. num.27.* D. Stefanus Gratianus *lib.1. discept. c.120. a num.1. vsque ad num.16.*

2 Fundamentum huius opinionis consistit in identitate rationis; nam intentio Imperatoris fuit prouidere inopiæ vxoris, igitur non refert, an nullam dotem habeat, an paruam, dummodò inops sit.

3 Contrarium, quod sufficiat mulierem esse dotatam etiamsi parua dos sit, vt a beneficio huius constitutionis excludatur, docent Soc. *conf.121. a nume.38. lib.4.* Cephal. *conf.671. a num.14.* & alij relati a Rota Romana *p.2. decis.202. num.11.*

Pro qua opinione Primò vrget, Iustinianum cū de hac quarta loquutus fuit, semper repetijsse mentionem mulieris indotatæ, ergo euidēs signum est, ipsum ad hunc casum suam restringere dispositionē, & hanc qualitatem præcisè requirere; nō enim toties, & in diuersis constitutionibus, hanc qualitatem repetijsset sine misterio; igitur eius dispositio non habet locum, cum fuit data dos parua, quia tunc mulier indotata dici non potest.

4 Secundò pro hac parte vrgent illa verba tex. *in §. finali, Auth. de exbib. reis, scilicet omnibus secundum instar illius nostræ constitutionis, quæ quartam decernit eis, etiam hic seruandis similiter quidem in viris, similiter autem in mulieribus.* Ex quibus clarè apparet ad similitudinem constitutionis eiusdem Iustiniani, in qua coniugi iniustè repudiatæ decernit quartam partem bonorum alterius coniugis, hāc fuisse introductam, & quod obseruatur in illa, in hac quoque debere obseruari, quod clarius probat translatio illius loci facta ab Henrico Agileo, sic enim inquit.

Omnia autem ad inſtar eius noſtræ conſtitutionis, quæ quadrantem illis conſtituit, hic etiam tam in viris, quam in mulieribus obtineat.

5 Secundò pro hac parte vrget tex. *in §. quia verò legem dudũ poſuimus, Auth. vt liceat matri, & auiæ,* vbi Imp. referens conſtitutionem hanc, ait.

Quia verò legem dudum poſuimus præcipientem, vt ſi quis vxorem aliquando ſine dotalibus acceperit, cum affectu ſolo nuptiali, & aliam poſt hac fecimus legem decernentem, ſi quis indotatam vxorem per affectum ſolum acceperit.

Hinc enim ſequitur, legem Iuſtiniani loqui de ea, quæ ſolo affectu nuptiali ducta fuit, ergo non habet locum in ea, quæ cum dotalibus inſtrumentis ducta fuit, etiamſi parua dos data fuerit, diſtinguuntur enim hæc ad inuicem, ducere vxorem ſolo affectu, & ducere cum dotalibus inſtrumentis, vt patet in eodem *§. in principio,* ibi, *vt ſi quis, & in §. antecedenti, in verſ. niſi tamen aliquis, & verſ. vt etiam ſub affectu, & in verſ. ſi autem etiam.*

6 Nec obſtat fundamẽtum partis aduerſæ. Nam in primis animaduertendum eſt hanc conſtitutionem eſſe contra rationem iuris, & ideò nec ad cõſequentias quidem poſſe trahi, iuxta tex. *in l. quod verò, ff. de legibus,* quod in c. antecedenti latius probaui.

Nec dicatur, ex identitate rationis etiam in correctorijs extenſionem licitam eſſe, cum identitas rationis faciat expoſitiuam declarationem, nõ extenſiuam, quod in propoſito dicebat Rol. a Valle *lib. 3. conſ. 14. a num. 29.* & alij allegati.

7 Quia aduertendum eſt, aliud eſſe legem eſſe correctoriam, aliud eſſe cõtra rationem iuris, nam lex correctoria ſecundum iuris rationem eſſe poteſt, ſi puta corrigat legem iuris rationi aduerſantem, & ideò non poteſt argui a correctoria lege ſimplici ad caſum noſtrum, in quo lex eſt correctoria, & contra rationem iuris, quo caſu, nec ad conſequentias trahi poteſt, & ſic etiam in ſpetie, in qua vltra identitatem rationis eſt, aliquid amplius, extenſio prædicta non eſt licita, cõſequentia enim ſunt, quæ rem neceſſariò conſequuntur, maximè, quia non vnam, vel alteram rationem iuris offendit hæc cõſtitutio, ſed plures, vt in c. antecedenti expoſui.

8 Secundò eſto licitam eſſe extenſionem de caſu ad caſum ex identitate rationis, tamen dico in propoſito non poſſe habere locum, eo quia toties repetita fuit illa qualitas non datæ dotis, huiuſmodi enim repetitio facit, vt etiam ſi materia ſit fauorabilis, tamen non admittatur extenſio gloſ. *in clem. prima, de iur. patr. in verbo Dioceſanus,* cũ qua poſt Geminianum tranſit Iaſ. *in l. ſi conſtante, num. 86. ff. ſolut. matrim.*

9 Tertiò aduertendum eſt, inopiam quidem vxoris excitaſſe Iuſtinianum ad edendam hanc conſtitutionem, ſed inopiam quamlibet ipſe non conſiderauit, alias vno verbo dixiſſet, inopi mulieri quartam eſſe tribuendam, neque ſine nota toties mentionem feciſſet non datæ dotis; ſi nihil referebat, an dos data eſſet, ſi modò vxor inops eſſet. Secundò ſi inopia ſimpliciter conſiderata fuiſſet, Iuſtinianus certam portionem in præiudicium filiorũ non ſtatuiſſet vxori, ſed ſimpliciter legem feciſſet alimenta eſſe præſtanda ad hæredibus mariti vxori inopi, hoc enim fuiſſet ſufficiens ad inopiam eius ſubleuandam.

Ergo aliquid præterea eum conſiderauiſſe dicendum eſt, quod fuerit ſatis, vt in præiudicium filiorum tantam portionem vxori inopi deferret.

10 Et cum nulla ſit qualitas, quæ toties repetita apud Iuſtinianum in propoſito reperiatur, quam quòd nupſit ſine dotæ, illam conſiderauiſſe veriſimile eſt: ex eo enim quod vir mulierem duxit ſine dote, ſed affectu tantum maritali, mulier iuſtam ſpem habuit, vt inopia eius a viro ſubleuaretur, & ideò ſibi de dote prouidere non curauit; nil mirum ergo, ſi marito præmoriente diuite, mulieri tunc decernat Imp. bonorum portionem in eius hæredirate; ſub ſpetie enim huiuſmodi affectus decepta mulier videtur a marito, nam ſoluto matrimonio omni auxilio deſtituta maneret.

11 Ergo euidens eſt ratio diuerſitatis inter caſum, quo nulla dos data fuit, & caſum, quo parua dos data fuit. Primò enim caſu affectus prædictus adeſt. Secundò verò nequaquam, atque hanc rationẽ cur Iuſtinianus velit mulierem eſſe indotatam, ante me attulerunt alij, quos refert, & ſequitur Rota Bononienſis apud Barz. *deciſ. 128. num. 32. & ſeq.*

12 Inopiamque ſolam non fuiſſe conſideratam, ex eo patet, quòd exiſtentibus filijs defertur quarta vxori, & tamen certum eſt tunc non poſſe eam mẽdicare cum filij matrem aliundè non habentem alere cogantur, *l. ſi quis a liberis, ff. de lib. agnoſc.* ergo aliquid aliud fuit cõſideratum ab Imperatore.

13 Et ex his deſtruuntur alia quædam deducta pro hac opinione: tollitur etiam ex his abſurdum conſideratum ab aduerſarijs, quod ſi mulier dotem daret permodicam excluderetur ab hac conſtitutione, quia hoc nullum abſurdum eſt, ex quo enim ipſa cognoſcit ſe affectu maritali non duci; non enim huiuſmodi dotem ſibi conſtitui maritus pateretur, ſi ſolo affectu maritali eam duceret, ſibi prouidere poteſt: cumque ante Iuſtin. mulierem huiuſmodi ex bonis viri, nihil habere non erat abſurdum, cur poſt Iuſtinianum abſurdũ erit? nam mariti dedecus, quod ex aduersò conſideratur, non eſt tanti momenti, vt poſſit extendere hanc legem, ſatis enim maritus per ſe huic periculo, & incommodo poterit prouidere; præterea cum hoc abſurdũ perrarò accidat, non attenditur *l. nam ad ea, de leg.*

14 Tollitur etiam ex dictis, quod aduerſarij dicunt minimum, & nihil æquiparantur, reſponſio enim euidens eſt, dotem minimam nõ eſſe dotem, & ideò nos admittimus mulierem permodicam dotem habentem, dotatam eſſe, quod non admittimus in dote minima, vt in c. ſeq.

Dos parua, quæ dicatur, vt ſit locus Auth. præterea, C. vnde vir, & vxor. *Cap. XLI.*

1 OStendimus paruam dotem excludere mulierem a quarta, ſuppoſita tamen opinione cõtraria, dubitari ſolet, quæ in propoſito parua dos dicatur, & quidem Bald. & cæteri in ſuperiori quæſtione relati expreſsè eam intelligunt, quæ nõ eſt ſatis ad præſtandum vxori id, quod neceſsè eſt eam impendere, vt ſecundum dignitatem viuere poſſit, & his accedit Thom. Doc. *conſ. 77. num. 2.*

alij

2 alij paruam dotem eam esse dicunt, quæ est ita parua, vt in ea militet regula, parum, & nihil æquiparantur, Curt. iun. post Pepium hic *nume. 7. in fine.* Rot. alios referens *decis.* 202. *num.* 14. *&* 15. *par.* 2. cum plurimis relatis per Barz. *decis.* 128. *num.* 49. *& num.* 58. *in fine, &* 59. *cum seq.* Surd. *de aliment. tit.* 9. *q.* 37. *num.* 19. D. Fach. *lib.* 3. *cons.* 46.

3 Alij paruam intelligunt quando non sufficit ad sustentationem necessariam, ita Surd. *de aliment. tit.* 9. *quæst.* 37. *num.* 19. *ad finem vers. intelligitur enim, & decis.* 61. *num.* 14. *in fine, & num.* 15.

4 Ego, quò ad primam opinionem pertinet, eam reijciendam esse censeo. Nam Iustinianus *in Auth. de nupt. §. sic itaque, in fine*, asserit dotes maiores ascendere ad libras centum auri, igitur tunc dabantur modicæ dotes, cum hoc tempore frequentissimæ sint dotes excedentes summam centum librarum auri, ergo non congruit menti Iustiniani indotatas mulieres dici, cum dos viro constituta non est apta ad alendam vxorem secundum eius dignitatem. Nam in omnibus ferè mulieribus locum habuisset constitutio, cum hodiè, quo tempore, vt dicebam, longè maiores dotes dantur, rarò accidat dotem datam ad id sufficere *cap. salubriter, de vsur.* quod etiam admonuerunt Purpur. *cons.* 338. *nu.* 7. & post alios Surd. *de alimen. tit.* 9. *quæst.* 37. *nu.* 20. *& decis.* 61. *num.* 15. *in fine, &* 16. Barz. post alios *decis.* 128. *num.* 51.

6 Secundò Iustinianus defert lucrum huiusmodi mulieribus nouissima inopia laborantibus, vt patet ex illis verbis, *Nihil habere valenter, sed in nouissima viuentis inopia.*

Ergo constitutio locum non habet ex eo, quod redditus dotis non sufficiat ad congrua alimenta, nouissima enim inopia significat necessariorum ad vitæ sustentationem defectum.

7 Tertiò cum extendimus Iustiniani dispositionē semper de indotata loquētem, ita debemus in hac re versari, vt non reddamus eum dignum reprehēsione, quòd toties repetierit hanc qualitatem, dotē non fuisse datam, igitur parua dos erit intelligenda ea, quæ ita parua est, vt, etiam si eā mulier habeat, tamen non incongruè indotata possit nuncupari, & ideò non est respiciendum, an redditus exhibendi mulieri sint satis, cum experientia doceat, plurimas mulieres ea illis, quas dotatas dicimus, non posse ex dotis redditibus trahere alimenta.

8 Quartò, extensio ex identitate rationis sic pendet, vt si maior ratio vigeat in vno casu, quam in alio, illa non sit admittenda, Gabr. *cons.* 142. *nu.* 15. *lib.* 3. & alij allegati *lib.* 3. *c.* 22. *num.* 11.

Igitur dispositio Iustiniani loquens de indotata, non debet extendi ad mulierem dotatam, ex eo, quod alimentis dos non sufficeret, cum possit hoc contingere etiamsi dos sit non spernenda, longè enim minor ratio viget in huiusmodi muliere, quam vigeat in ea, quæ nullam habet dotem.

9 Propterea opinio huiusmodi non est tenenda, & in foro reijciēda erit, quod fecit amplissima Rota Romana, *vt patet ex decis.* 102. *num.* 14. *&* 15. *par.* 2. & Senatus Mantuanus Surd. *decis.* 61. *nu.* 8. *cum pluribus sequentibus*, Rota Bononiensis apud Barz. *decis.* 128. *num.* 58. *&* 59. *& seq.*

10 Denique non est admittenda dicta opinio, quia turbaretur Respublica, propter multitudinem mulierum, quarum dotes non sunt satis ad exhibenda eis alimenta, quod in proposito considerandum esse rectè monuit Rota Bononiensis apud *Barz. decis.* 131. *num.* 6. maximè quia hæc constitutio strictè intelligi debet, cum iuris rationi plurimum aduersans sit, *l. quod verò, ff. de legib.* vt exposui c. 39.

11 Et ex his etiam facilè confutatur opinio Surdi, vt dos in proposito dicatur parua, cuius redditus non sufficit necessarijs ad vitæ sustentationem; aduersus enim hanc opinionem, Primò vrget, quia mulier indotata vocari non potest, quæ habet dotem, etiamsi eius redditus non sit sufficiens ad subministranda ei necessaria ad vitam conseruandam.

12 Secundò, quia potest contingere fuisse datam in dotem rem magni valoris, sed paucissimi redditus, quo casu hæc, & superior opinio locum haberet, & tamen nemo dicit eam laborare nouissima inopia, eamque indotatam esse.

13 Tertiò denique accidere potest, vt dos consistat in pecunijs, & mulier degat eo loci, vbi propter magnam pecuniarum quantitatem modicum redditum ex illis percipere possit, quo casu mulier posset secundum hanc, & præcedentem opinionem, consequi quartam, & tamen dos erit non modicæ quantitatis, & ideò nec indotata vllo modo dici potest, nec in nouissima inopia constituta.

14 Verissima igitur in proposito erit Rotæ Romanæ opinio, quam etiam sequitur Rota Bononiensis *decis.* 131. *nu.* 6. Honded. alijs relatis *cons.* 93. *nu.* 36. *lib.* 1. vt retenta extensione Baldi, docentis tex. nostrum de indotata loquentem procedere in habente paruam dotem, sit intelligendum de dote adeò parua *vt* pro dote non sit habenda, idem docet D. Gratian. *lib.* 1. *discept.* 120. *a num.* 6.

15 Hoc enim in casu defenditur Iustinianus, quòd toties de indotata mentionem fecerit, cum possit dici indotata mulier huiusmodi dotem habens, & aliquo modo adaptatur consideratio illa, quod solo affectu ducta fuerit.

16 Quæ autem dos sit talis, vt nomen dotis nō mereatur, videat iudex attentis qualitatibus vxoris, & mariti, iuxta *l. quæro* 61. *ff. de iur. dot.* & caueat ne confundat dotem congruam, cum dote, quæ pro non dote habeatur.

Videat an aliquis similis conditionis, vel paulò inferioris, cum huiusmodi dote, vel non multum inferiori nupserit, & subsistat in pronunciando dotem datam nomen dotis non mereri, quia potius homines indotatas ducunt vxores, quam cum minima dote, & ideò non solent pati dotem minimam sibi constitui.

17 Et si talis sit dos, vt possit inuenire virum non inhonestum, nec sua cōditione indignum prorsus, proculdubio dos erit censenda talis, vt excludat beneficium huius tex. vt bene post Alex. & Picum docet Gabr. *cons.* 142. *num.* 19. *&* 20. *lib.* 1.

Dos parua quo tempore consideranda sit, vt sit locus constitutioni Authent. præterea, C. vnde vir, & vxor. *Cap. XLII.*

SVpposita eadem opinione, paruam dotem non excludere mulierem a beneficio nostri tex. dubitari

bitari ſolet; quod tempus ſit inſpiciendum, dum quærimus, an dos ſit parua, an tempus mortis mariti, an tempus contracti matrimonij.

1 Et quidem tempore mortis mariti inſpiciẽdum eſſe reſponderunt Barbat. *conſ.74.lib.4.* Rol. a Val. *conſ.15.lib.3.* Menoch. *conſil.433.lib.5.* idem ſcripſit Valent. *de ſucceſſ. ab inteſt. lib.9. cap.14. verſ. ſecundo caſu.*

2 Mouentur Primò auctoritate tex. *in §. fin. Auth. de exhib. reis, in fine,* dum ait Iuſtinianus ſe conſtitutionem feciſſe, vt inopia coniugis per alterius diuitias ſubleuetur, ergo inſcipi debet tempus mortis mariti, quia tunc inopia conſideranda eſt.

Reſpondet Rota Bononienſis apud Barz. *deciſ.128. num.69.* Imperatorem Iuſtinianum nõ voluiſſe ſemper, & omni caſu coniugis inopiam ſubleuari per alterius coniugis diuitias, ſed eo caſu, quo mulier indotata ſit, alias fruſtra repetijſſet ſemper illam qualitatem, vt mulier ſit indotata, & vt dos non fuerit data, ſi ſimpliciter volebat inopiæ vxoris coniugis prouidere.

3 Secundò adfertur idem tex. in illis verbis, *Hac itaque dicimus, ſi coniunctorum alter dotem, aut antenuptialem donationem uon inops, aut vir, aut mulier inueniatur.*

His enim verbis clarè oſtenditur tempus mortis eſſe inſpiciendum, cum præſcrutari velit ſtatum mulieris, eo tempore, quo petit quartam.

4 Reſpondeo text. loqui reſpectu inopiæ, vt ſcilicet debeat inſpici tempus mortis, an coniux ſit inops, nec ne, quia præteritæ diuitiæ non efficiunt, quin, ſi illis careat, tunc inops dicatur, ergo non poteſt inde argui in quæſtione noſtra, quia etiamſi inſpecto tempore mortis, dos parua ſit, non tamen indè ſequitur eam puro affectu ductam fuiſſe, eamque indotatam nupſiſse, vt exigit Imper. nec eſt verum, in illis verbis Imper. velle hoc ſolum diſpici, an inops ſit mulier, quia illa verba in eodem verſu appoſita, *ſed ſi dotem, aut antenuptialem donationem non faciens,* contrarium probant, aliter etiam reſpondent huic argum. Gabr. *conſ.142. nu.13. lib.1.* Rota Bononienſis *num.73.*

5 Tertiò adducitur, quia ſi admittimus tempus matrimonij contracti inſpiciendum eſse, mulier, quæ ſine dote ducta fuit, etiamſi maxima dos ei conſtante matrimonio conſtituta fuerit, hac quarta frui poterit, quia verè ſine dote nupſit, quod tamen eſt contra omnes Doctores.

6 Sed facilis eſt reſponſio, id minimè ſequi, non enim dicimus ſufficere, vt mulier cõſequatur quartam ſine dote nupſiſse, ſed dicimus hoc vnum eſſe ex illis, quæ requiruntur, vt conſtitutioni locus ſit. vide Rota Bononienſis *num. 80. in fine, numero ſequenti.*

7 Quartò ſic arguunt, reiecta hac opinione, ſequuntur duo abſurda. Primum, quod ſi mulier, cũ ducentis aureis nupſerit, quæ tunc dos congrua erat, excludatur a quarta, etiam ſi maritus eius deceſſerit cum redditibus magnis, puta ſcutorum viginti mille. Secundum abſurdum eſt, quòd ſi fundus dotalis perierit, mulier tamen a quarta excludatur.

8 Reſpondeo hæc non eſse abſurda, idque ex eo conuincitur, quòd ante Iuſtinianum, hoc idem euenire poterat, & tamen non fuit vnquàm a prudentiſſimis Rom. Imperij legiſlatoribus, huic incommodũ prouiſum, quod vtique feciſſent, ſi hoc abſurdum fuiſſet, & Iuſtinianus ipſe non exiſtimauit abſurdum, mulierem non poſse ſecundum dignitatem viri poſt eius mortem viuere, quia in eo caſu tantum prouidit, quo nihil haberet, & nouiſſima præmeretur inopia, vt *in §. finali, in principio, Auth. de exhib. reis,* ergo nec nos id abſurdũ debemus exiſtimare, quæ fuit animaduerſio Rota Bononienſis *d. deciſ.128. num.85. ad finem,* aliter etiam reſpondent Gabr. *conſ.142. num.23. lib.1.* Rota Bononienſis *a num.83.* vbi etiam alia quędam leuia huius partis fundamenta refert, & accuratè refellit.

9 Contrariam igitur opinionem alijs relatis tenuerunt Gabr. *conſ.142. lib.1.* Alc. *conſ.252.* Rot. *p.2. deciſ.202. a num.19.* latiſſimè Rot. Bon. *deciſ.128. a num.60. vſque ad finem,* apud Barz. Surd. *conſ.216. num.4.* eiuſdem opinionis fuit Hermanopul. *lib.5. tit. 8. propè finem.* D. Gratian. *lib.1. diſceptat. 120. num.64.*

10 Pro qua opinione veriſſima adducitur tex. *in §. quia verò legem, Authent. vt liceat matr. & auiæ,* dum ait, *quia verò legem dudum poſuimus præcipientem, vt ſi quis vxorem aliquando ſine dotalibus acceperit cum affectu ſolum nuptiali, & hanc ſine cauſa legibus agnita proiecerit, accipere eam quartam partem ſubſtantiæ eius. Et aliam poſt hanc fecimus legem decernentem ſi quis indotatam vxorem per affectum ſolum acceperit, & vſque ad mortem cum ea viuens præmoriatur, accipere ſimiliter etiam eam quartam illius ſubſtantiæ portionem.*

Conſideranda ſunt illa verba, *ſi quis indotatam vxorem per affectum ſolum acceperit,* ex illis enim clarè conuincitur legem Iuſtiniani intelligendam eſse de muliere indotata, habita relatione ad tempus nuptiarum; quia ſi tunc congruè dotata fuerit, falſum eſſet per affectum ſolum indotatam ductam fuiſſe.

11 Corroboratur argumentatio; nam eiſdem verbis Imp. atteſtatur, conſtitutionem a ſe editam ſuper quarta vxoris indotatæ, a marito iniuſtè repudiatæ, habere locum in muliere, quæ ducta fuerit *ſine dote, affectu ſolum nuptiali,* ergo & conſtitutio de qua agimus in eiſdem terminis accipienda eſt, cum fuerit ad illius exemplum introducta, *§. finali, Auth. de exhib. reis, verſ. ſicut leſus.*

12 Secundò, cum, vt explicatum fuit c.40. num.9. & 10. ſit maximi momenti in propoſito, ad deferendum quartam vxori ipſam affectu maritali ductam fuiſſe, non autem propter dotem, vtique debemus dicere, dotem eſſe conſiderandam ſecundũ tempus contracti matrimonij, quia huiuſmodi affectus non poteſt conſiderari in eo, qui duxit vxorem congruè dotatam, etiamſi deindè diues effectus fuerit.

13 Tertiò fauet huic opinioni tex. *in §. finali, Authen. vt nulli iudicum,* in illis verbis, *ſi verò ſine dote talibus perſonis coniuncta fuerint a legibus definitam partem eas accipere, ſiue filios habeant, ſiue non,* ſi enim conſtitutio haberet locum, etiamſi dos fuiſſet conſtituta, dummodò tempore mortis talis eſſet, vt pro non dote eſſet habenda, non vtique Iuſtinianus, qui in omnibus legibus, præcipuè in Auth. plurimis

rimis verbis vti solet, in lege correctoria & fisco præiudiciali vsus suisset illis verbis, *si sine dote coniunctæ fint*, cum hinc facilè patronus fisci arripere potuisset ansam restringendi constitutionem ad eas tantum, quæ sine dote nupsissent aduersus mẽtem Iustiniani, qui indistinctè mulieribus quartam huiusmodi reseruabat.

14 Quartò fauet huic opinioni, quæ in iudicando omninò retinenda est, hanc constitutionem contra rationẽ iuris esse, & strictè debere intelligi, vt probaui c. 39. igitur non debemus, vt eam extendamus, recedere a regula iuris, quæ vult tempus matrimonij considerari, an dos sit congrua, nec ne, iuxta text. *in l. quaro 61. de iur. dot.* quæ fuit animaduersio Rot. *d. decis.* 101. *num.* 19. *par.* 2.

Prælegata quando in restitutione veniant ad l. 3. §. quidam liberis, ff. ad S. C. Trebell.
Cap. XLIII.

1 QVotidiana quæstio illa est, in qua quæritur, an in restitutione contineantur prælegata, de qua vt deliberare possimus, nonnulla prius exponenda sunt, & primò, an referat legatum præcedere institutionem, & restitutionem, vel eas subsequi, qua in re recepta sententia, plurimum referre docet, consule DD. *in l. 3. §. quidam liberis ff. ad Trebell. in l. cum virum, C. de fideicomm.* Menoch. *lib. 4. præsumpt.* 194. *num.* 1. & *num.* 18. Peregr. *de fideicomm. art.* 7. *num.* 63. Crass. §. *fideicommissum, q.* 47. *numero* 4. *in fine*, Viuium *decis.* 401. *num.* 18. & 19. *lib.* 3. Ant. Thessaurum, qui luculenter hanc materiam explicuit *lib.* 1. *q.* 17. *num.* 12.

2 Contrarium scripserunt Salic. Fulgos. Coras. *in d. l. cum virum*, Charondas *lib.* 2. *Verisim. c.* 4. *in fine.* Socin. iun. *cons.* 107. *num.* 3. Card. Mantic. *lib.* 7. *tit.* 7. *a num.* 1. D. Fachin. *lib.* 5. *c.* 16. D. Massin. *centur.* 1. *distinct.* 80. *num.* 3. & 5. Cuiac. *lib.* 40. *ff. Iuliani ad l. Titia, in fine, ad l. Falcidiam*, quibus accedo, vtque huius sententiæ veritas appareat.

3 Considero insimul stare non posse, vt legati titulo aliquid ad nos spectet, & titulo vniuersali institutionis, cum idque testator constituit iure legati ad aliquem rem pertinere, non est admittendum id, quod legauit in institutione eum continere voluisse. Cum ergo quis hæredem scribit, non intelligitur ea, quæ in legato reliquit, in institutione comprehendisse, quia alias legatum per institutionem reuocaretur, quod nos affirmare, nec iuris ratio, nec vnanimis DD. sensus patitur.

4 Itaque cum legatum ante institutionem factum fuit, non possumus ex eo, quòd præcesserit legatũ, affirmare id, quod in legato continetur in institutione fuisse comprehensum, & proinde, dum agitur, de interpretanda restitutione, nullum nobis præstabit institutio huiusmodi argumentum voluisse testatorem in restitutione prælegatum contineri, & ideò ex restitutionis verbis id erit deducendum, quemadmodum fit, cũ post institutionẽ legatum factum fuit; nulla est itaque constituenda differentia inter legatum, quod ante restitutionẽ scriptum fuit, & illud quod fuit post eam factum, cum quæritur, an in fideicommisso contineatur, quia eo argumento, quod ex institutione colligitur, excepto, cæteræ coniecturæ vtrique pariter conueniunt.

An testator voluerit, rem clarius expono, prælegatum in restitutione venire, potest colligi ex eo, quod in institutione contineatur id, quod prælegatum fuit, iuxta *l.* 1. *C. de impub. & alijs subst.* ex verbis substitutionis, ex qualitate personę hæredis grauati, vel fideicommissarij, ex ea re, ex quæ in prælegato continetur, ex onere iniuncto fideicommissario, vel ex eo, quod testator in testamento, vel extra ipsum aliquid dixerit, quod significet eum velle prælegatum quoque restitui. Ex his coniecturis, si demas primam, omnes pari modo conueniunt vtrique prælegato, ergo si prima non est apta ad id, qđ quærimus significandum, manifestum erit nullam extare inter ea differentiam. Eius autem rationem in hac re minimè haberi posse, ex dictis colligitur, cum probauerim, neutro casu id, quod prælegatũ fuit contineri in institutione.

5 Et ex his tollitur fundamentum, quod primo loco adfertur pro recepta sententia, dum enim dicũt facilius esse legatum, quod præcessit, in restitutione venire, quam illud, quod subsequitur, iure id inficiamur, quia vtroque casu necesse est id colligere ex verbis restitutionis, aut ex coniecturis, quas exposui, quæ vtrique casu, cum pariter cõueniant, manifestum est eas rationes, quæ sufficiunt ad mouendum nos, cũ agimus de prẹlegato, quod præcessit, sufficere in eo, quod subsequitur restitutionem.

6 Secundo loco adducitur *l. Titia* 85. *ad l. Falcidiam*, ex quo textu ineuitabiliter receptam sententiam probari scribit Peregr. *num.* 67. quem rectè redarguit Thessaur. *nume.* 25. quia in huiusmodi textu nulla fit mentio de hac circunstantia, quod tamen nõ erat prætermittendum, cum hinc decisio I.C. penderet, nec nocet, quod dicit Pereg. quod si aliter textum huiusmodi intelligimus, nulla ratio adest eum concordãdi cum *l. in fideicommissariam, ff. ad S. C. Trebell.* quia hoc falsum esse constat ex scriptis per Cuiac. in explicatione eius ad lib. 40. Iuliani, necnon ex scriptis per Antonium Goueanum in commentario eiusdem loci.

7 Secundò explicandum est, an referat testatorem dixisse, in alijs suis bonis, in residuo autem suorum bonorum, in reliquis suis bonis, aut similibus verbis vsum fuisse, instituendo eum, cui antea aliquid reliquerat, ad effectum de quo agimus, qua in re plurimi docent hanc optimam esse coniecturam, quod testator noluerit prælegata restitui, de quibus Soc. iun. *cons.* 107. *num.* 45. *lib.* 3. & *cons.* 89. *num.* 9. *lib.* 4. H. Rimin. *cons.* 147. *num.* 56. & *cons.* 590. *num.* 4. Peregr. *d. art.* 7. *num.* 44. Thessaur. *d. q.* 17. *num.* 14.

8 Contrarium alij multi sequuti sunt, quos referunt, & sequuntur Mantica *lib.* 7. *tit.* 7. *num.* 7. *in fine*, & *num.* 8. Menoch. *d. præsumpt.* 194. *num.* 6. & hanc sententiam optimè tutatur Alex. *cons.* 15. *num.* 11. *vers. non obstat, lib.* 1. eam quoque sequitur D. Fach. *lib.* 13. *c.* 65.

Verum huius frequentissimæ dubitationis decisionem, vt inuenire possimus, meminisse oportet, verum, & proprium medium cognoscendi an prælegata veniant in restitutione esse verba, quibus fideicommissum conceptum fuit, si enim his contineantur

neantur prælegata non erit, cur aliud quæramus, *l. ille, aut ille, de leg. 3.* Si verò verba fideicommiſſi ita fuerint concepta vt prælegato non conueniant, idem eſt obſeruandum, quia vbi in verbis non eſt ambiguitas, non eſt admittenda voluntatis quæſtio: tunc ergo locum ſibi vindicabit hæc dubitatio, cum verba ſic ſuerunt concepta, vt verſemur in dubio, an contineant prælegatum.

9 Hoc pręcognito, dico hanc coniecturam indirectè tantum ad rem noſtram pertinere, ideſt quatenus id, quod ſcriptũ ſuit in inſtitutione, in ſubſtitutionem influit, & proindè tota hęc diſputatio pendebit ex regula *l. 1. C. de impub. & alijs ſubſtit.* quatenus docet, partes datas in inſtitutione in dubio cenſeri in ſubſtitutione repetitas, itaque ſi oſtendero, nullam, quò ad rem noſtram, inter haſce inſtitutiones differentiam eſſe exploratum erit primam opinionem veram non eſſe.

10 Inſtitutio hæredis non pertinet ad ea, de quibus ſpecialiter teſtator diſpoſuerat, quia in toto iure generi per ſpetiem derogatur, & quia aliàs legata, & fideicommiſſa ante inſtitutionem facta, per inſtitutionem reuocata cenſerẽtur, quia inſimul hæc ſtare nõ poſſunt, vt legata, & fideicõmiſſa valeant, eumque bona in ijs comprehenſa voluiſſe in inſtitutione contineri, hocque dubitatione caret, quò ad effectum, de quo agitur, ideſt quò ad effectum, vt huiuſmodi res adęptæ cenſeantur legatarijs, & fideicommiſſarijs, adeas Card. Mant. *lib. 4. tit. 4. nu. 15. & 16.* Menoch. *d. præſumpt. 194. num. 7.* Peregrin. *d. art. 7. num. 46.*

11 Ergo nulla differentia eſt, an teſtator ſimpliciter dixerit, hæredem ſe inſtituere, & an dixerit, in alijs ſuis bonis inſtituo, vel alia ex dictis formulis vſus fuerit, nam etiam eo caſu, quo nihil tale dixit, inſtitutio non continet bona, de quibus agimus, & proindè, & tunc locum ſibi vindicat regula *d. l. 1. C. de impub. & alijs ſubſtit.* vt ſcilicet ſubſtitutio plus continere non debeat, quam inſtitutio continuerit, & hoc eſt, quod optimè dicebat Alexander, verba illa in omibus ſuis bonis continere expreſſionem eius, quod tacitè inerat, eo modo, quo inerat, (neque enim illa verba efficiunt, ne legata contineantur in inſtitutione vniuerſali, eo modo, quo non continerentur, ſi addita nõ fuiſſent, vt poſt alios ſcribit Mantica *d. num 16.*) & proindè huiuſmodi expreſſio nihil operabitur.

12 At dices, hæc expreſſio non neceſſaria oſtendit enixam mentem teſtatoris declarandi, quod in inſtitutione noluit continere prælegata, ergo ad effectum de quo agitur plurimum refert, an huiuſmodi formulis teſtator vſus fuerit. Reſpondeo hanc eſſe vulgarem, quandam formulam a notarijs, qui plerunque ſumma laborant imperitia, vſitatam, vt teſtantur Caſtr. *in l. cogi, §. 1. num. 3. ad Trebell.* Card. Mantic. *d. lib. 4. tit. 4. num. 15.* Anton. Theſſaurus *d. quæſt. 17. num. 14. in principio*, & ideò ex illa colligi huiuſmodi coniectura non poteſt.

13 Quòd ſi contenderis eam ex voluntate teſtatoris appoſitam cenſeri, niſi contrarium conſtiterit, haud grauatè manum dabo, quoniam hinc vrgentiſſimum pro mea opinione inſurgit argumentum. Cum enim teſtator ſolicitus adeò fuerit, ne obſcuritas aliqua incidat in ſuo teſtamento, vt ea, quæ dubitatione carebant, explicari voluerit verbis claris, multo magis id feciſſet circa prælega, ſi ei veniſſet in mentem ſubſtitutionem non fuiſſe ita clarè conſcriptam, vt ex ea facilè eius mens intelligatur, quòd ſi de prælegatis non cogitauit, nulla cauſa eſt, cur ex huiuſmodi verbis aliquam coniecturam colligamus circa prælegata, voluntas enim non pertinet ad ea, de quibus teſtator non cogitauit, *l. ſi quis ita, §. ſi quis cum ignoraret, ff. de teſtam. tutel.*

14 Non dubito aliquos extituros eſſe, qui reſpondeant teſtatorẽ habuiſſe in mentem receptas DD. traditiones, quæ cum ſatis ſint ad eius voluntatem explicandam ſufficienter hac ratione ſuam circa prælegata voluntatem demonſtraſſe, quaſi quod omnes, qui teſtamenta condunt Iuriſperiti ſint, & quod vllus adeò vecors reperiatur, qui ſuam voluntatem aduocatorum, & iudicum religioni, & contentionibus committere velit.

15 Quæ rationes, cum vrgeant, cum teſtator dixit in inſtitutione, reſiduum dictorum meorum bonorum a dictis prælegatis relinquo, cauendum eſt a Card. Mantic. *d. lib. 7. tit. 7. num. 8. in fine*, qui videtur hos caſus diſtinguere auctoritate Bart. *in d. l. 3. quidam liberis, num. 11. ff. ad S. C. Trebell.* qui expreſsè loquitur, quando huiuſmodi verba in ſubſtitutione poſita fuerunt. vide Peregr. *d. art. 7. nu. 36. verſ. crederem.*

16 Illud autem extra controuerſiã eſt, quòd ſi conſueuerit notarius vti in conſcribendis inſtitutionibus huiuſmodi formulis, nullum hinc, quò ad rem noſtram, argumentum elici poſſe, hocque ex intentione omnium eſt, quia, quod iuſſu teſtatoris non fuit ſcriptum in teſtamento, ad eius voluntatem detegendam non debet allegari, mos autem notarij ex alijs eius teſtamentis colligitur, ſi enim plerumque his formulis vtitur, ſatis conſtabit ex ſtilo clauſulam hanc eum inſenſiſſe. Quod ſi nullũ aliud teſtamentum, vel pauca conſcripſerit, ad vſum notariorum loci, & maximè eius, ſub cuius diſciplina inſtructus fuit, confugiendum erit, cum enim diſcipuli, & ij, qui in aliquo loco verſantur, cęterorum ſuę artis artificum, & præcipuè pręceptoris mores, & præcepta ſectari ſoleant, hoc optimum erit argumentum ad cognoſcendum, an mandato teſtatoris hæc clauſula fuerit in teſtamento poſita.

17 Tertiò explicandũ eſt, an in hac quæſtione referat eum, quẽ aliquid præcipere iuſſit teſtator habere cohæredes, plurimumque referre putat Peregr. *de fideicom. art. 7. nu. 16. cum ſequentibus*, cui aduerſatur Theſſaurus *d. q. 17. nu. 7. ad finem verſ. veniendo.* Ego ſentio cum Peregrino, cum enim inutile reddatur præceptio, quam teſtator fieri iuſſit, ſi veniat in reſtitutione, eum cohæredem non habet, euidẽs eſt differẽtia, inter hanc & alias ſpeties, vbicunque enim diſpoſitio redderetur inutilis, difficiles admodum eſſe debemus in admittenda interpretatione, quæ proponitur *l. quoties, ff. de rebus dubijs*, & ex alijs a Peregrino allegatis, & ideò coniecturas, quę aliàs ſufficerent, ad continendum in reſtitutione id, quod præcipere iuſſus fuit hæres, in hac ſpetie non erunt admittendæ, niſi adeò euidentes ſint, vt nulla ſit hæſitandi occaſio.

18 Quartò animaduertere debemus, an id, quod prælegatum fuit, hæredi debitum ſit, tunc enim longè

longè difficilius admitti debet testatorem voluisse illud in fideicommisso contineri, hocque post alios rectissimè scripserunt Peregr. *d.art.7. a num.38. ad num.43.* Thessaur. *d.q.17.num.11.* Mantic. *d.tit.7. num.13.*

19 Quintò explicandum est, quid referat hac in re testatori magis dilectum fuisse hæredem, quàm fideicommissarium, vel ecôtra, quam rem post alios tractant Hip. Rim. *cons.147. a num. 43.* Menoch. *lib.4.d.præsumpt.194.num.47.* Card. Mant. *lib.7.dicto tit.7. a num.11.* Peregr. *d.art.7. num.50. & 61.* Thessaur. *quæst.17.num.8.& 9.*

20 Puto plurimum hoc referre, si modò nulla causa adsit, cur testator voluerit prælegatum proprium esse hæredis, & hæres plus consequatur ex hæreditate, quam fideicommissarius magis dilectus, cum enim his duobus circunstantijs concurrentibus inuerisimile admodum sit, testatorem noluisse prælegatum restitui, meritò dicimus ad hanc interpretationem introducendâ opus esse vrgentioribus coniecturis, quàm requirantur, vbi nihil tale accidit, recte enim nostri dicere solent, id quod inuerisimile est, falsitatis imaginem habere.

21 Vbi verò hæ circunstantię non adsunt, nullum incommodum est dicere prælegatum proprium hæredis esse, quia solēt homines, cum causa idonea extat, minus relinquere ijs, quos magis diligunt, solēt etiam ex rebus suis aliqua delibare, & excerpere, vt eas illis relinquant, quos minus diligunt, quam eos, ad quos maiorem partem substantiæ suæ peruenire voluerunt. Quòd si nullum incommodum tunc adest, par causa est huius prælegati, & cęterorum, & ideò quod de alijs dicitur, ad prælegatum dubio procul debet pertinere.

22 Quod si magis dilectus fuerit hæres, quam fideicommissarius, idem obseruādum erit, eadem namque ratio ad vnguem viget.

23 Sextò exponere oportet, an referat quid, quantumque in prælegato contineatur, de quo tractant Card. Mantic. *d.tit.7.num.9.* Peregr. *d.art.7.nu.68.* Thessaur. *d.quæst.17. num.21.* post alios, quos recensent. Cumque liberum sit testatori, quid, quantumque sub fideicommisso contineat, ex eo, quòd testator maximam suorum bonorum partē in prælegatis consumpserit, colligere non debemus eū voluisse in restitutione venire prælegatū, nisi aliud accesserit, veluti, quod aliàs inutile redderetur fideicommissum, quod optimè considerat Card. Mant. *in additionibus ad dictum num.9. post* Siluestrum Aldobrandinum *consil.6.num.16. vers. secundò contrarium*, aut quia causa propter quam fideicōmissum constituit hoc fieri desiderat, veluti accidit, cum pro cōseruatione familiæ institutum fuit fideicommissum, quod animaduertit Peregrin. *d.num. 68.* post Decian. *cons.51.num.135.lib.1.* Honded. *consil.71.num.37.in 1.*

24 Septimò notandum est, quod si causa, propter quam motus fuit testator ad prælegandum nō possit commodè adimpleri, nisi id, quod in legato continetur, proprium hæredis sit, difficiles valde esse debemus ad credendum eum voluisse prælegatum restitui, quia ad explicandam hominum voluntatem, nihil est æquè potens, ac causa propter, quam disponunt, quia omnis agens agit propter finem, & ideò non debemus id admittere, nisi valde clara sit mens testatoris, atque ita rectè scripsit Peregrin. *d.art.7.num.37.*

25 Sicut econtra, cum causæ, propter quam fideicommissum instituit, non potest satisfieri commodè, nisi etiam prælegatum restituatur, dicimus ipsum esse restituendum, nisi de contraria voluntate clarè admodū appareret Decian. *cons.51.nu.135. lib.1.* Honded. *cons.71.num.37.in 1.* Peregr. *nu.68.* quæ tamen habent locum si modo testator errore lapsus non putauit huiusmodi causæ sic satisfieri posse.

26 Cum autem fideicommissario incumbat onus plenè probandi res, quas sibi restitui postulat, in fideicommisso contineri, vbicunque clarum nō erit, prælegatum in restitutione fuisse comprehensum, hæres absoluendus erit, nam actore plenè intentionem suam non probante reus absoluitur, sicque rectissimè scripserunt Soc.iun. *cons.107.nu.59.& 51. lib.3.* Coras. *in l.cum virum, num.10. C. de fideicom.* Eugen. *cons.88.num13.* Peregr. *d.art.7.num.22.*

De eadem materia. Cap. XLIIII.

1 His expositis propius ad rem ipsam accedamus, cumque in explicandis vltimis hominū voluntatibus nihil magis clarum, ac tutum sit, quam sermonem testatoris perpendere, *l.non aliter, l.ille, aut ille, de leg.3.l. Labeo, ff. de supell. leg.* de verborū formulis, quæ in hac quæstione incidunt, agemus secuti vestigia I.C. *in l.3.§.quidam liberis, ff. ad S.C. Trebell.* is enim de hac re quærens ad verba testatoris confugit.

2 Ad tria autem capita has formulas redigo. Primò agam de fideicommisso ita scripto, vt non appareat, quid sit illud, quod sub eo contineatur. Secundò tractabo cum hæres fuit rogatus hæreditatem restituere. Tertiò exponam quid sit dicēdum, cum testator ijs verbis vsus fuit, quæ communia sunt hæreditati, & prælegato.

3 Quod pertinet ad primum caput, exempla huius rei sunt, cum testator dixit, *Titium grauo onere fideicommissi, aut restitutionis ad fauorem Seij, Seius succedat per fideicommissum Titio, Seium per fideicōmissum substituo Titio, subrogo Seium Titio, Seius fideicommissarius sit, vel successor Titij*, in his autem, & similibus speciebus regula contra fideicommissarium constituenda est, quia vbi dubitamus, quid in substitutione contineatur, ad institutionem confugimus, *l.1.C.de impub.& alijs subst.* & hæc regula cum certa sit, & explorata, non poterit excludi per coniecturas, quæ dubiæ sint, & controuersę, cuiusmodi sunt illæ, de quibus egimus in cap. antecedenti num.1. cum sequentibus, & num.7. cum sequentibus. Absurdum enim esset coniecturam dubiam superare eam, quæ explorata est, idem est de limitatione, de qua infrà a num.24.

4 Hac tamen regula potentiores sunt coniecturæ, de quibus egimus in cap. antecedenti num.17. 18. & 19. & num.23. & 24. & ideò illis eam cedere æquum est, idem est censendum de illis, de quibus mox acturi sumus, eas tamen intelligendo secundū id, quod explicauimus in cuiusque earum expositione. Agamus nunc de secundo capite, quando in resti-

in reſtitutionis onere teſtator vtitur verbo hæreditatis.

5 Qua in re regula ad fauorem hęredis conſtituenda eſt, cum I. C. *in l.3.§. quidam liberis, ff. ad S.C. Trebell.* vbi diſertis verbis id docet, concordat tex. in *l.ſi Titius 94. de leg.3. in l.Titia 85. ff. ad l.Falcidiam,* & ratio in promptu eſt, quia legata hæreditatis appellatione non veniunt, *vt in d.l. ſi Titius,* inquit I.C. dum ait, *quia appellatione hęreditatis, neque legata, neque fideicommiſſa continentur,* cumque a verborum ſignificatione non aliter ſit recedẽdũ, quã ſi euidens ſit voluntas teſtatoris, *l.non aliter, de leg.3.* non erit ſatis, vt ab hac regula recedamus, prælegatum præcedere, etiam ſi enim multi hoc, quò ad rem noſtram, magniſaciant, res tamen adeò controuerſa eſt, vt per hanc coniecturam nemo poſſit affirmare conſtare euidenter de mente teſtatoris, vt patet ex ſcriptis in antecedenti capite a nu.1. atque ita poſt alios ſcribit Theſſaur. *num.15. verſ. quibus in caſibus,* vbi teſtatur de communi.

9 Quod tamen intelligendum eſt, cum teſtator rogauit ſuam hæreditatem reſtituere, ſecus enim eſſet, ſi ipſiuſmet hæredis hęreditatem reſtitui iuſſiſſet, *iuxta l.ex facto 17. ff. ad Trebell.* cum enim in ipſius hæreditate prælegata contineãtur *l.hæreditas, de reg. iur.* ea quoque reſtituere debebit, vt optimè poſt Zanchum ſcribit Menoch. *d. præſumpt. 194. nu.51.* veluti ſi dixiſſet, rogo vt reſtituat reſiduum hæreditatis meæ, vel id, quod ſupererit ex hæreditate mea, vt bene explicat Menoch. *num.48.* quod ſi non addiderit verbum *mea* aliud eſt dicendum, quia tunc habet relationem ad hæreditatem relictam hęredi grauato, & ideò cauẽdum eſt a Ruino *conſ.116. num.4. lib.2.*

10 Hoc etiam intelligẽdum eſt, quò ad portionem prælegati, quam a cohæredibus capit, eam enim, quam a ſe ipſo capit, reſtituere tenetur, nam eam habet titulo hæreditario, *l.in fideicõmiſſariam 18. ad S.C. Trebell.* atque ita ibi DD. communiter, & alij, de quibus Menoch. *d. præſumpt. 194. num.44.* Theſſaur. *num.15. verſ. hinc iura, & DD.* & ideò cauendum eſt a Peregr. *d. art.7. num.52.*

11 Ab hac autem regula multos caſus excipiunt DD. & primò, quando verbis amplis onus reſtitutionis iniunctum fuit, veluti, ſi dictum fuerit, rogo vt reſtituas omnem hæreditatem meam, vel quidquid ex hæreditate mea ad te peruenerit, ſic docent poſt Alexan. *in l.3.§. quidam liberis, num.2. verſ. ſecundò limita, ad Trebell.* vbi Socin. *num.2. in 2. limit.* Zanchus *in d. §. cum ita, par. 5. num.168.* Menoch. *conſ. 86. num.14. & lib.4. præſumpt.194. num.45.* Peregr. *num.26. verſ. ſed vbi fuit dictum.* Theſſaur. *d. q.17. num.27.*

14 Ab hac doctrina diſceſſit Ripa *in l.in fideicõmiſſariam, §. finali, ante num. 4. & in l.hæredes mei, §. cum ita, num.36. ff. ad Trebell.* cui accedo; magna enim differentia eſt, quem rogari reſtituere omnem hæreditatem, & reſtituere quicquid ex hæreditate teſtatoris habuit, nam prælegatum, cũ non contineatur in hæreditate relicta ei a teſtatore, meritò dicimus ipſum non fuiſſe in fideicommiſſo comprehenſum, quia onus reſtitutionis reſpicit hæreditatem, quam ei reliquit teſtator. Cum verò dicit reſtituat quicquid, vel id, quod habuit ex hæreditate mea, reſpicit ad id, quod ipſe ei reliquit, & per conſequẽs ad prælegatum etiam reſpexit: huc pertinet *l.cum virum, C. de fideicomm.*

15 Non obſtat ſignum vniuerſale, quia cum inſeruiat termino hæreditas, ab eo determinationem accipit, & ideò non poteſt continere legatum, titulus enim prælegati, quò ad hæredem pertinet, contradiſtinguitur a titulo hæreditario, *l. in fideicommiſſariam 18. ff. ad S.C. Trebell.* vniuerſalis enim dictionis poteſtas per adiunctum reſtringitur, vt per Beroum *conſ. 159. num.38. lib. 2. & conſ. 20. num.15. lib.3.* Surd. *conſ.131. nu.23. & 24.* Card. Mantic. *lib.7. tit.8. num.5.* & eſt indubitatum, quia ſi dixerit teſtator omnes equos relinquo, non propterea continet eos, qui ſub nomine equorum poſſunt venire, veluti oues, hædi, muli, quod ipſum in caſu noſtro accidit, quia nulla ratione fieri poteſt, vt appellatione hęreditatis grauato relictæ, veniat id, quod titulo legati habet.

16 Quod cum non accidat in fideicommiſſo vniuerſali, quia hæreditatis nomine continetur, *vt in Inſt. de fideicommiſſ. hæred.* non eſt mirum, ſi ille, qui rogatus fuit omnem hæreditatem reſtituere, huiuſmodi fideicommiſſum pręſtare teneatur, *l.hæredes mei, §. cum ita, ff. ad S.C. Trebell.*

17 His accedit ſolere notarios in conſcribendis teſtamentis verba imperitè inculcare, & ideò ſobriè ex huiuſmodi loquẽdi formulis debemus argumenta colligere, vt rectiſſimè admonet Card. Mantica *lib.3. tit.6. num. 8.* & cum eo Peregr. *de fideicomm. art.14. num.21. in fine.* Surd. *conſ.325. num.14. ante verſ. non etiam.*

18 Videtur autem huiuſmodi ſignum vniuerſale additum ad oſtendendum teſtatorem noluiſſe ex ſua hæreditate detrahi Trebellianicam, iuxta tradita per Cardinalem Manticam *lib.7. tit.12. nu.14.*

19 Secunda exceptio eſt, quando verbo hæreditas adiunctum fuit verbum commune prælegato, & hæreditati, veluti, ſi dixiſſet, *rogo, vt reſtituat hæreditatem, & bona.* Dec. *conſ.80. & conſ.597. num.7.* Ruin. *conſ.116. num.5. lib.2.* Contrarium tamen placuit Ceſal. *conſ.379. num.48.* Decian. *conſ.121. num.1. in 3.* Menoch. *conſ.86. num.66.* quos ſequitur Theſſaur. *d. q. 17. num.15. verſ. & idem eſſe arbitror.*

20 Difficultas in eo conſiſtit, an terminus *bona,* qui eſt communis prælegato, & hæreditariæ portioni, reſtringatur a verbo hæreditas, ita vt iuxta eius ſignificationem debeat intelligi de bonis titulo hæreditario venientibus, & vt mihi videtur, veriſimilius eſt, non debere reſtringi, vbicunque enim commodè accipi poſſunt verba ſecundum ſuam ſignificationem, ab ea non recedimus, niſi euidens ſit voluntas teſtatoris, *l. non aliter, ff. de legat.3.* neque enim vllum incommodum eſt dicere, teſtatorem habuiſſe ante oculos bona duplicis generis a ſe hæredi relicta, & ideò eum vtroque verbo vſum fuiſſe, quò omnia ei relicta continerentur in reſtitutione; quod autem dixi de verbo bona, accipi debet de alijs verbis, quæ vi ſuæ contineri poſſunt omnia, quæ quocunque titulo reliquit hæredi. vide Ruin. *conſ.116. num.6. in 2.*

21 Tertia limitatio pertinet ad eam ſpetiem, in qua teſtator ex inſtitutione aliquid exemit, illudque præle-

prælegauit, sic docent Castr. *cons.121.col.2.lib.1.* Zanch. *in §.cum ita,par.5.num.*188. Menocb.*cons.*186.*num.*4. ex eo moti, quod cum prælegatum ex institutione extractum fuerit eiusdem naturæ esse censetur, & proindè hæreditatis appellatione contineri debet.

22 Ab hac limitatione discessit Menoch. *d.præsumpt.194. num.52.vers.cæterum*, quia cum testator ex institutione exemerit prælegatum, vtique noluit eodem iure censeri, & proindè non debet eius appellatione venire, & idem ego sentio, ex quo redditur dubitabile id, quod scribit Decian. *lib.5.cons.92.num.14. vers.tertio considero,& num.*15.

23 Quartò limitatur quando maiorem partem bonorum in prælegatis testator distribuisset, quia tũc prælegata veniunt etiam si rogatus fuerit hæreditatem restituere, Ruin. *cons.*116.*nu.*8.*lib.*2.& alij multi, de quibus Peregr.*d.art.7.num.*61.

24 Vt veritas huius limitationis appareat, meminisse oportet, non debere nos quæstionem voluntatis admittere, vbi in verbis nulla est ambiguitas, nisi adeò euidens sit voluntas testatoris, vt de ea nõ liceat dubitare, *l.ille,aut ille, l.non aliter,ff.de leg.3.* item non posse testatorem verborum significationem mutare, *l.4.ff.de leg.1.l.si alij,ff.de vsufruct. legat.*

25 Non licet ergo nobis in ea spetie, de qua tractamus a significatione hæreditatis recedere, & admittere, vt sub ea id veniat, quod titulo particulari relictum fuit, quia hoc esset destruere significationem huius nominis gratis, hoc est absque idonea voluntatis testatoris cõiectura, cum enim liberum esset testari, quæ vellet fideicommisso subijcere, quæ nam inde coniectura elici potest, quod maximam rei suæ partem in prælegatis consumpserit? Varia admodum sunt ingenia hominum, & ideò ex generalibus pronunciatis parcissimè debemus coniecturas elicere, vt vi verborum, quæ ad significandam testatoris mentem primum locum obtinent, *l.Labeo,ff.de supellect.leg.* detrahamus, in quã sententiam prudentissimè, & ex iuris ratione disserit Thessaurus *d.q.17.nu.7. vers.quamuis re vera*, cuius dicta, pro oraculo iudices, si susciperent, vt par est, non essent tot circa testamentorum interpretationem, iurgiæ.

26 Huic tamen limitationi locus esse poterit, si testator prælegatum titulo institutionis reliquerit, & ea, quæ hęreditas continet, non sunt apta ad efficiendum id, quod per fideicommissum consequi voluit, iuxta tradita *in c.antecedenti,num.*24.& per Peregr.*d.artic.7.num.*60. post Decian.*cons.41.nu.*127.*lib.*1.Cesal.*cons.*634.*num.*34. Honded.*cons.*71.*num.*27.*&* 28.*lib.*1.

27 Quinta limitatio proponitur, quando fideicommissum restituendum est filijs testatoris, Cardin. Mantica *lib.7.tit.7. num.4. cum sequentibus.* Menocb. *d.præsumpt.* 194.*num.*47. post alios, quos allegant Thessaur. *d.q.17.num.*10. moti ex charitate naturali parentum erga filios, *& ex l. liberto, §. filium,ff. de annuis legat.*

Quod pertinet ad charitatem naturalem, illa quidem efficit, vt maior pars patrimonij filijs debita censeatur, vtque non credamus aliquem voluisse in successione suam sobolem extraneis postponere, *l. generaliter, C. de institut. & substit. l.cum acutissimi, C. de fideicom.* sed non est tanti momenti, vt existimemus patrem voluisse, nihil alijs relinquere, & ideò ita demum hinc argumentum sumere nobis licebit, si plus is, cui prælegatum fuit factum habiturus sit, quam filius.

28 Textus autem *in d. §. filium*, nihil commune habet cum re nostra, nam ibi non tractatur de restituendis prælegatis, sed de restitutione fideicommissi vniuersalis, quod cum effectum hæreditatis habeat, nomine hæreditatis nuncupatur *in Instit. de fideicomm. hæred. & alibi*. Secundò ibi agitur de fideicommisso in gratiam filij instituto, cuius ius singulare est vt id contineat, quod alias in restitutione nõ veniret, & ideò mulier fructus perceptos restituit, vt ibi disertis verbis habetur, sicque rectissimè animaduerterunt Torniellus *in l. hæredes mei, §.cum ita,nu.*40. Peregr. *d. artic.7. nu.*62. *vers. ego autem*.

Et ideò huic limitationi locus esse tunc poterit, cum absque causa alias pater plus extraneo, quam filio tribuisset, tunc enim propter charitatem naturalem liceret nobis dicere, plus dictum, & minus scriptum, ad exemplum Papiniani *in l.cum auus,de cond. & demonstr.*

29 Sexta proponitur limitatio a Curt.iun. *cons.*13. *nu.5. vers.secundo principaliter*, quem post alios sequitur Peregr. *d.art.7. num.*60. quando scilicet testator iure institutionis reliquit prælegatum, veluti accidit, cum notarius scripsit, *Item iure legati institutionis, & omni meliori modo reliquit*, &c. & deindè conscribit institutionem vniuersalem, in qua is, quoque comprehenditur cui factum fuit prælegatum, idem est si post institutionem vniuersalem titulo institutionis prælegatum fuerit relictum.

Cum in hac spetie iure, & titulo institutionis relinquitur prælegatum, duplex capi potest interpretatio. Prima ex præcepto testatoris id fuisse factũ. Secunda ex imperitia notarij id proficisci. Si dicimus hoc iussisse testatorem, afferre debemus causam, cur id iusserit, & vt mihi videtur, id voluit fieri, vel ad euitandum periculum, ne testamentum rumperetur; agit enim Curt. de patre testante, propter præteritionem, vel quia his verbis voluit indicare mentem suam, vt prælegatum etiam restitueretur.

Quod timeat, ne testamẽtum rumpatur ob pręteritionem filij, gratis dicitur, cum agamus, de patre, qui constituerat instituere filium, pro vt re ipsa fecit, alterum quoque affirmare rei verisimilitudo nos non sinit, nam cum litium exitus incertos, ac labores plurimum horrescant homines ea, quæ dilucidè exponere possunt, non explicant verbis obscuris, & quæ disputationem admittant.

Et proindè existimo imperitiæ notariorum hoc ascribi debere, quæ adeò excreuit, vt inter flagella, quibus Deus Optimus Maximus nostra corripit peccata, magnum hęc sibi vindicet locum, & ideò hanc limitationem explodendam esse reor.

30 Octaua limitatio est, cum testator dixit se se nolle aliqua ex suis bonis immobilibus alienari fauore eorum propter quos factum fuit fideicommissum: si enim prælegatum de re immobili fuerit factum, propter huiusmodi prohibitionem censetur

comprehendiſſe prælegatū in reſtitutione, Peregr. *d. art. 7. num. 27. iuncto nu. 23. verſ. & ſiue teſtator.* Fundamentum huius limitationis, in eo poſitum eſt, quòd non poteſt adimpleri huiuſmodi ſermo vniuerſalis, niſi omnium rerum immobilium a teſtatore relictarum alienatio fuerit interdicta, quo admiſſo, ſequitur in fideicommiſſo prælegatum contineri, cum propter illos, quorum gratia fideicommiſſum factum fuit, reſtitutionis onus conſtituerit.

31 Huic limitationi ita demum locus erit, cum nō poſſunt verba commodè reſtringi ad ea bona, quæ fuerunt oneri reſtitutionis grauata, tunc enim euidens eſt voluntas teſtatoris, volentis prælegato pro illis conſeruari, quibus hæreditas reſtitui debet. Quod ſi teſtator legatum de re immobili ei fecerit, cui onus reſtitutionis non iniunxit, aliud dicendum eſt, quia cum legatum reſtitui non debeat ab eo, qui non fuit rogatus, *l. quidam cum filium, ff. de hæred. inſtit.* apparet maniſeſtè prohibitionem huiuſmodi debere reſtringi, & proindè non erit idoneum ſignum, teſtatorem etiam prælegatum reſtitui voluiſſe.

32 Nonam limitationem proponit idem Peregr. *d. art. 7. nume. 27. in fiue*, poſt Cuman. *conſ. 70. ad finem*, quando teſtator omnem prohibuiſſet detractionem; quæ limitatio eatenus retineri debet, quatenus teſtatoris mens apparet, non ſenſiſſe de detractionibus, quæ fiunt pro legitima, Falcidia, aut Trebellianica, quod tunc contingit, cum hæc prohibitio legatarios, & fideicommiſſarios particulares etiam reſpicit, ſi enim hæredibus ſolummodò facta fuerit, nulla cauſa eſt, cur ad prælegata referatur, cum huiuſmodi verbis optimè ſatisfiat, ea de prædictis detractionibus accipiendo, quod eo facilius admittendum eſt, quòd detractionum nomine ea ſolum ſignificare ſolemus, quæ iure legitimæ, Falcidiæ, aut Trebellianicæ ex hæreditate decerpuntur; non enim eſt veriſimile teſtatorem, ſi eius mentis erat, vt prælegata reſtitui iuberet, adeò obſcura, & abſtruſa loquendi forma id facturū fuiſſe.

De eadem materia. *Cap. XLV.*

1 AGere nunc debemus de ea ſpetie, qua teſtator, dum in reſtitutione expreſſit id, quod reſtitui voluit, eo verbo vſus fuit, quod vi ſua continet, quicquid a teſtatore ad hæredem grauatum peruenit, quod vbi accidit regula contra hæredem conſtituenda eſt auctoritate textus *in l. 3. §. quidā cum liberis, ff. ad S. C. Trebell.* vbi DD. notant vno ore, & licet textus loquatur de eo, qui portionem ſuam rogatus fuit reſtituere, tamen in alijs quoque verbis recipiendū eſt, quæ non ſignificant id, quod titulo vniuerſali relinquitur, quia ratio, quæ in textu legitur, in eo conſiſtit, quia portionis nomine id omne ſignificatur, quod teſtator reliquit hæredi, & ideò quicquid ad eum peruenerit reſtituere tenebitur, iuxta regulam *l. non aliter, de leg. 3.*

2 Huius autem poteſtatis verba plurima ſunt, inter quæ, an patrimonium ſit numerandum non cōcordant DD. nam Dec. *conſ. 80. num. 3.* dixit patrimonij, & hæreditatis, quò ad rem noſtram, parem eſſe cauſam, quod placuit etiam nōnullis alijs, quos refert, & ſequitur Menoch. *lib. 4. præſumpt. 194. num. 34.* a quibus meritò receſſit Peregr. *de fideicom. art. 7. num. 28. & num. 57.* vbi in eandem ſententiam recenſet Corn. Ripam, & Ruin. idem docent Mantic. *lib. 7. tit. 7. num. 3. ante verſ. quod autem legata.* Theſſaur. *lib. 1. q. 17. num. 17. ad finem.*

3 Nā licet patrimonij appellatione hæreditas contineatur, vt probant leges a Decio allegatæ, non tamen ſola hæreditas continetur, quod eſt id, quod quærimus, nam partis enim, & portionis appellatione vtique hæreditas continetur, & tamen dicimus prælegata venire nomine portionis, & partis, quia his verbis ſignificatur id omne, quod teſtator quocunque titulo reliquit.

4 Cumque vis horum verborum non reſtringatur ex eo, quòd teſtator adiecerit adiectiuum ſuus, ſua, ſuum. Idem enim eſt dicere reſtituas partem, portionem vè, & dicere reſtituas portionem, & partē ſuam, inter hos caſus non eſt conſtituenda differentia, vt bene admonuit Zancbus *in §. cum ita, p. 5. nu. 29. necnon* Menoch. *d. præſumpt. 194. nu. 3.*

5 Qua ratione dicimus non eſſe diſtinguendum, an poſt prælegatum paucis intermedijs ſequatur reſtitutio, an multa intermedia ſint, cum hoc ſignificationi verbi non detrahat, idque rectè aduerſus Socinum ſcripſit Menoch. *d. præſumpt. 194. nu. 5.* Peregr. *d. art. 7. num. 34. ad finem verſ. hanc concluſionem accipio.*

6 Quod ſi verbum vniuerſale ſignificationi horū verborum acceſſerit, tunc euidentior eſt voluntas teſtatoris, veluti ſi dixiſſet teſtator reſtituas quicquid ex rebus, ex ſubſtantia, ex patrimonio, ex paupertate mea ad te peruenit, vel reſtituas omnem portionem, omnem ſubſtantiam meam. *vide l. cum virum 16. C. de fideicomm. l. cum pater 79. §. fidei tuæ, ff. de leg. 2.* Peregr. *d. art. 7. num. 23. 24. 25.* Theſaur. *d. q. 17. num. 17.* atque eos, quos ipſi allegant.

7 Quòd vbi accedit, ſi aliqua ex ijs coniecturis, quæ in fauorem fideicommiſſarij a nobis propoſitæ fuerunt in c. 43. num. 19. 20. & 21. adfuerit, cauſa fideicommiſſarij longè melior erit, & longè difficilius erit, contrarijs coniecturis reddere meliorem cauſam hæredis.

8 Ab hac autem regula DD. multos excipiunt caſus, quos examinare expedit a facilioribus autem exordiar: omnium autem clariſſimus mihi videtur ille caſus, in quo teſtator, dum reſtitutionis onus iniunxit, proteſtatus fuit, ſaluis legatis fideicommiſſum ſe conſtituiſſe, vel ſe noluiſſe per fideicommiſſum prælegatis præiudicium facere, cum enim reſtitutionis onus non adimat, vel reuocet id, quod fuit in priori diſpoſitione datum præiudicium, qđ ex eo oritur, conſiſtit in eo, quod prælegatum in fideicommiſſo contineatur, & proindè dum diſertis verbis profitetur teſtator, cum fideicommittit, ſe ſe velle legata ſalua eſſe, & ſe nolle illis præiudiciū afferre, apertè ſignificat ſe ſe nolle ea in reſtitutione venire. vide ea, quæ ſcribit Bar. *in l. 3. §. quidam liberis, nu. . . ad S. C. Treb.* Anchar. *conſ. 27. in tertio dubio.* Peregr. *d. art. 7. num. 13. & 36.*

9 Aliud tamen ſcribūt Ruin. *conſ. 116. num. 9. & 10. lib. 2.* Decian. *conſ. 92. num. 21. & 22. lib. 5.* cum teſtator proteſtatus fuit ſe ſe nolle præiudicare legatis, inani, vt mihi videtur, nixi fundamento, quia

ſcilicet

scilicet ea, quæ in testamento continentur, non antea completa dicuntur, quam testamentum fuerit perfectum, ideoque aiunt non afferri præiudicium legatis, subijciendo ea restitutioni, ipsis enim tacitè inerat, vt de illis hæres teneretur eo modo disponere, quo per testatorem fuisset constitutum, indè colligendo, dum protestatur testator, se se nolle legatis præiudicium parere, debere intelligi de alijs causis, per quas ipsis inferri posset præiudiciũ.

10 Bona venia dixerim vigilantiũ somnia hęc sunt, nam dum testator fideicommittendo protestatur nolle prælegatis præiudicare, nihil aliud ante oculos habet, quàm restitutionis onus, quod cum nulla alia ratione id efficere possit, quàm obligando hæredem ad illud restituendum, necessariò hæc verba significant, noluisse testatorem sub fideicommisso prælegata continere: & cum nullæ aliæ sint causæ ex testamento descendentes, quæ possint prælegato detrahere, nisi id, quod testator deindè circa legata disposuerit, ea adimendo, vel coarctando, non video quæ sint causæ ad quas testatorem respexisse dicunt Ruinus, & Decianus, dum dixit nolle præiudicium legatis generari per fideicommissum.

11 Secundò a regula prædicta excipitur prælegatum, de quo testator permisit hæredi disponere, si modò facultate sibi data deindè vsus fuerit, cum enim facultas alienandi non habeat repugnantiam cum fideicommisso, vt constat *ex Auth. de restitutionibus*, vnde collecta est *Auth. nisi rogatus, ad S. C. Trebell.* nullum incommodum est dicere, in restitutione quidem prælegatum contineri propter vim verbi hæreditas, sed tamen hæredem posse de eo disponere propter potestatem sibi datam, atque ita post alios docet Peregrin. *art. 7. num. 14. versic. idem est*.

12 Ex quibus apparet error manifestus Tiber. Decian. *cons. 91. num. 24. vers. non obstat quartum, lib. 5.* dum in ea spetie, in qua testator dixerat, vt de re prælegata hæres possit, & valeat ad sui libitum disponere, respondit verba huiusmodi sic esse intelligenda, vt alienatio quidem permissa sit, sed sine præiudicio fideicommissi a testatore instituti, ne contrarietas introducatur inter verba testatoris, nullâ enim hic esse contrarietatem ex dictis patet, hunc autem errorem etiam agnoscit Thessaurus *d. q. 17. num. 19.*

13 Malè etiam Decius respondit prælegatum hæredi relictum pro voluntatibus suis faciendis, contineri in fideicommisso ad effectum, ne hæres de eo possit disponere, equè, hac si sine huiusmodi verbis factum fuisset, sic inquam Dec. *cons. 254. nu. 1. in fi. vers. a fortiori illa verba, & nu. 2.* ex eo motus, quod cum sit regulare in quolibet legatò, & prælegato simpliciter facto, liberum esse legatario disponere, hæc verba continent expressionem eius, quod tacitè inerat, quæ nihil operatur *l. 3. de leg. 3.*

14 Inferuit causę nimis apertè Dec. quia nō agitur de prælegato simpliciter facto, cum hęres, cui factũ fuit grauatus fuerit onere fideicommissi ijs verbis, quæ ipsum quoque prælegatum continent, aliàs frustra dubitaretur, an in restitutione veniret, & proindè huiusmodi verba, ad eliciendum ex fideicommisso prælegatum, fuerunt posita, non autem ad id, quod tacitè inerat exprimendum, & ideò nulla causa est, cur dicamus inaniter fuisse in testamento inserta.

15 Addit autem Dec. hanc interpretationem eo casu saltem admitti debere, quo maiorem partem bonorum testator in prælegata erogauit, motus ex notatis per Paul. de Castro, & alios DD. *in l. cum virum, C. de fideicom. & in l. 3. §. quidam cum liberis, ad S. C. Trebell.* scilicet, prælegata, quæ aliàs in fideicommisso non cõtinerent, in eo venire, quotiescunque maior pars bonorum testatoris in prælegata fuerunt erogata.

16 Vt interim omittam, ea quæ scripsi cap. 43. a num. 23. animaduertere oportet in hac materia, duos casus esse considerandos. Primus est, cum non apparet voluisse defunctum tollere dubitationem, de qua agimus. Secundus est, cum constat aliquid dixisse quod vi sua id, quod quærimus, explicet. Primò casu rectè dicimus ex coniecturis quibusdam mentem eius nos posse colligere, & per consequens nullum incommodum est, ex eo, quòd testator bona sua erogauit pro maiori parte in prælegata, coniecturâ colligere, eum voluisse prælegata venire in restitutione. Altero autem casu res secus se se habet, cum enim testator dixit se se relinquere legatum pro voluntatibus suis faciendis, manifestum est eum ante oculos habuisse onus restitutionis, quod fecerat, vel facere destinauerat, & dubitauisse, ne ex eo colligeret quis onus etiam prælegati restituendi, & ideò huiusmodi verba expressit, quæ propterea a nobis sunt magis facienda, quã coniecturas incertas, & dubias, & ideò additionator ibi Decium damnat, quod etiam fecit Senatus Pedemontanus, teste Thessaur. *d. q. 17. num. 18.*

17 Male etiam Paris. *cons. 18. num. 25. lib. 3.* scripsit prælegatum hæredis arbitrio relictum in restitutione venire, motus ex Decij responso, quod ei non suffragari ex dictis liquet.

18 Idem verò obseruandum non erit, cum testator pleno iure prælegatum reliquit hæredi, quia si contineretur in fideicommisso non pertineret vtique ad eum pleno iure, sicque post alios docuerunt Peregrin. *d. art. 7. num. 14.* Thessaur. *d. q. 17. num. 18. reiecta opinione* Gozad. *cons. 30. nu. 4.* testans sic Senatum Pedemontanum censuisse, etiam si prælegata maiorem hæreditatis partem continerent.

19 Idem iuris est si testator voluerit prælegatum liberè pertinere, vel manere apud hæredẽ, quia hoc fieri non potest, si sub restitutione venirent, nam ea quæ quis rogatus fuit alteri restituere, nec alienare, nec hypotecare potest, *l. fin. C. com. de leg.* quod vbi accidit res non dicitur liberè manere, aut pertinere ad aliquẽ, sicque post alios censuerunt Peregr. & Thessaurus *locis allegatis*, necnõ Menoch. *lib. 4. præsumpt. 194. num. 19. cum sequentibus.*

20 Aliud tamen est dicendum si dixerit, prælegatum liberè, expeditè, integrè, sine diminutione perueniat ad hæredem, quia respiciunt modum illud obtinendi, non autem ius, quo penes hæredem manere debeat, & ideò vim suam exercent prædictæ formulæ, etiam si restitui debeat prælegatum.

21 Tertiò ex regula, quam firmauimus, excipi debet ille casus, in quo testator spetialiter de præle-

gato disposuerit, cum enim in toto iure generi per spetiem derogetur, *l. in toto iure, ff. de reg. iur.* iure dicimus per spetialem dispositionem ex fideicommisso vniuersali exceptum fuisse prælegatũ, ad idque est textus *in l. Lutius* 78. *§. pluribus, ff. ad S.C. Trebell.* cuius auctoritate sic nostri cõmuniter docuerunt, vt cõstat ex Menoch. *lib. 4. præsumpt.* 194. *num.* 15. ex Peregr. *d. art. 7. num.* 30. qui, cum loquatur in ea spetie, in qua hæres rogatus fuerat restituere quicquid ad eum peruenerat ex hæreditate, & bonis tastatoris, ostendit adeò potentem esse hanc coniecturam, vt difficilè admodum sit ab ea discedere.

22 Cumque testator prohibendo prælegati alienationem ad fauorem alterius, quàm fideicommissarij, ita vt in casu alienationis purificetur fideicommissum, dicatur particularem faeere circa prælegatum substitutionẽ, idem in hae spetie obseruandum erit, quicquid enim in superiori casu nos cogit affirmare prælegatum exemptum censeri ex generali testitutione hic sibi locũ vindicat, atque ita rectè post gloss. & Bart. *in d. §. de pluribus*, & alios docet Peregr. *d. num.* 30. *vers. difficultas est*.

23 Quo loci Peregt. *num.* 31. hanc, quam examinamus exceptionem, declarat non procedere, cum substitutio facta spetialiter in prælegato, fuit inter eos facta, inter quos testator instituit fideieommissum vniuersale, post Cuman. *cons.* 70. cui assentior, si modò nulla sit, quò ad rem ipsam, inter hasce substitutiones differentia, quia si extaret, omnia, quæ adduximus, huic casui conuenirent, & ideò in eo exeeptio loqum haberet.

24 Quartò ab hac regula excipi debet ille casus, in quo testator, q. plura reliquit prælegata nominatim vnum, vel alterum ex ipsis restitutioni subiecit, Menoch. *cons.* 86. *num.* 25. *&* 26. *lib.* 1. Peregr. *d. art.* 7. *num.* 32. Thessaur. *d. q.* 17. *ante num.* 21. per regulam *l. cum prætor, ff. de iudicijs*, quod scilicet inclusio vnius alterius exclusio sit, si enim omnia prælegata voluit contineri sub fideicommisso, cur de vno spetialiter meminit?

25 Quòd si agatur de pluribus prælegatis eidem factis, res videtur extra omnem dubitationem, nam testator cui venerunt in mentem prælegata iam facta, vel quæ facere destinauerat, voluit tollere dubitandi occasionem, quæ circa prælegatorum testitutionem otiri poterat, & ideò expressit nominatim quid circa boc fieri vellet. Non licebit ergo nobis, nisi constet de aliquo errore testatoris, vel notarij, hoc in casu admittere sub restitutione contineri alia prælegata, etiam si multæ coniecturæ in cõtrarium vrgeant, nam testator de omnibus mentionem fecisset, si omnia contineri voluisset in restitutione.

26 Idem iuris est, si eisdem verbis pluribus onus restitutionis iniunxerit, nam si omnia prælegata hæredibus grauatis facta restitui voluisset, de omnibus mentionem fecisset.

27 Sed si agatut de prælegatis factis alteri, quam ei, cui in verbis huiusmodi substtutio facta fuit, nõ ita res clara est, pro hærede vrget testatorem, qui in alia parte testamenti de prælegatis nominatim disposuit, in his quoque dispositutum fuisse, si ea sub fideicõmisso continere vuluisset, quia apparet eum solicitum fuisse, ne circa suum testamentum lites orirentur.

28 Pro contraria parte, quam sequitur Ruin. *consil.* 116. *num.* 9. *lib.* 2. vrget significatio verborum a qua non recedimus, nisi sit euidens voluntas testatoris, *l. non aliter, ff. de leg.* 3. si enim noluisset ea contineri, huiusmodi verbis non fuisset vsus, cum per se sufficiant ad id, de quo agimus.

29 Quod si testator vsus fuerit in prædicta substitutione eisdem verbis, vel æquipollentibus, quibus in substitutione, de qua agimus vsus fuit, meliorem esse puto causam hæredis, nam testator seu notarius non existimauit ea sufficere, vt clarè, & sine dubitatione prælegata contineret, & ideò nominatim de illis expressit; non est itaque verisimile, quod id facere prætermisisset in alia substitutione eisdem, vel æquipollentibus concepta, cum eadem, immò maior ratio dubitandi esset, quę ratio cum vigeat, siue præcedat, siue subsequatur fideicommissum idem in vtroque casu dicendum est.

30 Quod si diuersa formula concepta fuetit, quæ non ita facile possit cõtinere prælegata opinio Ruini admitti debet, tunc enim dicimus ideò non expressisse in altera substitutione id, quod nominatim cauit in prima, quia ijs verbis vsus fuit, quę vi sua prælegata elarè continent.

31 Contra hęredem etiam sentiendum est, si causa aliqua extet, cur de prælegatis ibi meminerit, nisi enim militet etiam in substitutione, de qua agitur, nulla causa est, cur a significatione verborum recedamus.

32 Excipitur ex eadem regula illa speties, in qua hæres magis dilectus fuit testatori, quam fideicommissarius, vt per Menoeh. *d. præsumpt.* 194. *num.* 2. aduersus quam sententiam stat Zanch. *in d. §. cum ita, num.* 58. de qua re, quid sentiendum sit, constat ex scriptis in cap. 43. num. 19. 20. & 21. Ex scriptis etiam ibidem num. 1. cum sequentibus patet valde dubiam esse coniecturam, quę inde sumitur, quòd post restitutionem factum fuerit prælegatum, & ideò non debet esse satis, vt recedamus a significatione verborum, quia id non licet, cum non est euidens voluntas testatoris, *l. non aliter, de legat.* 3. quod tamen intelligẽdum est, nisi aliquod verbum extet, ex quo appareat testatorem habere relationem ad id, quod tunc hęredi reliquerat, quia tunc apparet testatorem nolle continere in fideicommisso, quę deindè ei reliquit, si enim secus esset non se restrixisset ad ea, quę reliquerat.

33 Ille autẽ casus dubio procul excipi debet in quo testator non potuit consequi finem ad quem aspirabat, nisi exemptum sit prælegatum a restitutione, ex scriptis in cap. 43. num. 24. si modò testator non existimauit rem secus se habere, nam tunc opinionem eius nos sectari debemus, iuxta ea quę tradit Card. Mant. *de coniectur. lib. 3. tit.* 10.

34 Secus tamen existimandum est, de ea spetie, in qua substitutio facta fuit vulgariter, pupillariter, & per fideicommissum, licet secus videatur Soc. iun. *cons.* 107. *num.* 49. *lib.* 3. hoc motus fundamento: testatoris dispositio sic debet exponi, ne velit ea, quę vno contextu verborum exposuit, diuerso iure censeri, *l. iam hoc iure, ff. de vulg. substit.* ergo testatoris, de quo agimus, dispositio non est sic accipienda, vt

voluerit

voluerit prælegata in fideicommisso contineri, quia secus est in vulgari substitutione, in qua constat licere hæredi retento legato repudiare hæreditatem.

35 Secus inquam existimandum est, quia testator, dum sic substituit, ad naturam cuiuslibet substitutionis respicit, ita vt velit suam dispositionē secundum naturam casus, qui euenerit valere, & quò ad id, de quo quęrimus, idest, quò ad bona in substitutione cōtenta, ex eo manifestū est, cū plus cōtineat pupillaris, quam vulgaris, aut fideicommissaria, *§. penult. Inst. de pupill.* & ideò huic rei commodissimè adaptatur regula *l. in ijs 15. ff. de legibus*, in ijs nempè, quę aduersus iuris rationem facta fuerunt, nos non posse sequi iuris rationem; quomodò enim possumus in hac dispositione, in qua testator diuersimodè quò ad bona in substitutione cōtenta versatus est, vti regula iuris, quę docet dispositionem testatoris sub eadem verborum formula contentam, pariter debere determinari?

36 Dicimus ergo testatorem voluisse in his substitutionibus continere ea bona, quorum substitutio capax est, cumq́ue natura vulgaris non permittat cogi hęredem, qui repudiauit hęreditatem, dimittere legatum, nō est mirum si non pertineat ad substitutum, sicut contingit, vbicunque rogatus fuit illud restituere.

37 Ab eadem regula excipere debemus eam speciem, in qua per aliquam adiectionem restricta fuit significatio, verbi portio, veluti si testator, qui primò prælegauit, deindè instituit hæredem, rogauit *vt dictam portionē, aut partem restituat*, quod optimè docuerunt Siluan. *cons. 49. num. 21. & 22.* Menoch. *cons. 86. num. 41. 42. 43. & d. præsumpt. 194. nu. 29.* Peregr. *de fideicom. d. art. 7. nu. 44. ante vers. contrarium.* Nicol. Intrigliol. *de subst. centur. 3. q. 74. nu. 63.* Surd. *decis. 219. nu. 18. in fine, & numero 19.*

38 Huicq́ue opinioni fauet regula *l. 1. C. de impub. & alijs subst.* vbi versamur in dubio partes datas in institutione videri repetitas in institutione, neque enim negari potest dictionem huiusmodi restrictiuam coarctare vim verbi portionis, & partis, illud restringendo ad illam partem, de qua sensit testator: ex quo propterea sequitur meliorem esse debere causam hæredis, nisi fideicōmissarius ostēderit, non fuisse mentem testatoris vim sermonis per dictionem huiusmodi coarctare, quod leuioribus sanè coniecturis effici poterit, quam fiat, quando vis verbi prælegata excludit.

39 Non erit tamen obseruandum hoc ius, cum restrictiuæ dictiones personæ hæredis grauati fuerūt additæ, quia cum persona sit certa, circa eam non contingit dubitare, solum ergo de eo dubitamus, quid voluerit testator contineri in fideicommisso, cumq́ue circa verba ad hoc caput pertinentia relatiuæ dictiones non fuerint positæ, nihil est, quod vim verborum suaptè natura continentium prælegatum, restrictum dicatur, cauendum est ergo a Ruin. *cons. 165. num. 16. lib. 2.* Socin. iun. *cons. 107. nu. 48. in 3.* Menoch. *dicto lib. 4. præsumpt. 194. nu. 43.* qui contrarium scripserunt nullo idoneo nixi fundamento.

An legata, & fideicommissa fauorabilia sint. Cap. XLVI.

MAgni momenti est controuersia. Nunquid legata, & fideicommissa sint fauore digna. in qua DD. vt sępe solent, in diuersas sententias transierunt. vide Marzar. *in epitom. de fideicommis. quæst. 1.* Card. Mant. *de coniect. lib. 7. tit. 1.* Peregr. *de fideicomm. art. 1. num. 23.*

1 Ego illis accedo, qui asserunt legata, & fideicōmissa esse fauore digna, cumq́ue ex Iustin. constitutione id, quod legatis deest ex fideicommissorū natura illis accrescat, *vt in §. nostra autem constitutio, vers. sed non vsque, Inst. de leg. l. 2. C. comm. de leg.* sat erit mihi probare naturam fideicommissorum esse fauorabilem.

2 Id autem multipliciter probo, & primò clari iuris est secundum iuris rigorem fideicommissa non consistere, sed ex benignitate Augusti, qui illa ad iuris necessitatem redegit, vt testantur Vlp. *in fragmentis tit. de fideicommiss. in princ.* Iustinianus *in Instit. de fideicommiss. hæredit. in princ. & §. fin.* ergo clarum est eorum introductionem fuisse populo vtilem; non enim a iuris tramite receditur, nisi propter aliquam vtilitatem, *l. ius singulare, ff. de legib.* ergo fauore digna sunt fideicommissa, quidquid enim populo proficuum est, vtique dignum est fauore.

3 Secundò constat multa iure singulari aduersus iuris regulas fuisse pro fideicommissis introducta, & primò, vt possent tam ex testamento, quam ab intestato relinqui, *§. præterea, Inst. de fideicomm. hæred.* Secundò, vt non refferret quibus fieret verbis Græcis, an Latinis, Vlp. *in fragment. tit. de fideicommiss.* cum tam institutio hæredis, immò nec libertas Græcis verbis scribi ante Theod. Imp. posset, *l. fin. C. de testam. tut. l. hac consultissima, in fine, C. de testam. ordin.* immò nutu relicta fideicommissa valebant, *l. nutu 21. de leg. 3.* Item ante institutionē hæredis fideicommissa relinqui poterant Vlp. vbi suprà, & tamen nec ipsa libertas ante institutionē data valebat, *§. ante hæredit, Instit. de leg.*

4 Concludendum est itaq́ue causam fideicommissorum maximè fauorabilem esse, cum multa ei antiqui concesserint, quæ institutioni hæredis, immò & libertati denegabant.

5 Tertiò constat plura introducta fuisse, vt fideicommissa conseruarentur, & facillimè effectum consequerentur, & primò, Prætor particularis cōstitutus fuit qui cognosceret de fideicommissis, *vt Inst. de fideicommiss. hæred. in princ.* qua de causa in his causis, nec iudicem dabat Prætor, nec iurisdictionem mandabat, vt explicat D. Bellonus *de mandata iurisd. c. 8. q. 5. a nu. 11.* Secundò scrupulosa illa formularum obseruantia de qua in *l. 1. & 2. C. de form. subl.* in petitione fideicommissorum remittebatur Vlp. *in fragment. tit. 25.* & ne recusantibus hæredibus adire hæreditatem fideicommissa perirent S. C. Pegasiano aduersus iuris regulas fuit constitutum, vt hæredes hæreditatem adire cogerentur. vide tex. *in §. sed quia, Instit. de fideicommis. hæred.*

Ergo maximè fauorabilis erat causa fideicom-

miſſorum, cum ad eam adiuuãdam toties iuris regulæ offenſæ fuerint.

6 Quartò in dubio accipitur interpretatio, quæ conſeruat fideicommiſſum, *l. vbi purè, l. cogi, in princip. verſ. in ambiguo, ff. ad S.C. Treb.* eadem de cauſa clauſula defectiua ſuppletur *l. vnum ex familia, §. ſi omiſſa, de leg.* 2. Ergo fauorabilis eſt natura fideicommiſſorum, non enim benigna interpretatione adiuuantur ea quæ non ſunt fauore digna, *l. cum quidam, in fin. de lib. & poſth.*

7 Quintò pro hac opinione adducuntur a Marzar. & Mantica nonnulli loci, quibus Iuſtinianus ſatis clarè probare videtur naturam fideicommiſſorum eſſe fauorabilem sc. tex. *Inſtit. de fideicommiſſ. hæred. in princip.* dum ait, *tantusque eorum fauor factus eſt, vt paulatim Prætor proprius crearetur, qui de fideicommiſſis ius diceret.* Secundus eſt *in l. 2. C. comm. de leg.* dum ait, *vbi autem aliquid contrarium in legatis, & fideicommiſſis eueniet, hoc ex fideicommiſſo quaſi humaniori aggregetur.* Tertius eſt *in §. ſed noſtra, Inſtit. de leg.* dum inquit. *Cum enim antiquitatem inuenimus legata quidem ſtrictè concludentem, fideicommiſſis autem, quæ ex voluntate magis deſcendebant defunctorum, pinguiorem naturam indulgebant.*

8 Nec huic ſententiæ quidquam obſtant, quæ ex aduersò adducuntur. Nam quod primò dicitur fideicommiſſum onus eſſe, & per conſequens eſſe odioſum, facilè tollitur ex eo, quòd huiuſmodi onus impoſitum eſt a domino rei, idque legis auctoritate. vide tex. *in l. 1. C. de S. S. Eccl. in §. per traditionem, Inſt. de rer. diuiſ. in §. ſed olim, verſ. noſtra conſtitutio. Inſt. de leg.*

9 Secundò adducitur tex. *in l. de fideicommiſſa, C. de tranſact.* dum ait. *De fideicommiſſa inter te, & fratrem tuum viciſſim dato, ſi alter veſtrum ſine liberis exceſſerit vita, interpoſita tranſactio rata eſt, cum fratrum concordia remoto captandæ mortis alterius voto improbabili, retinetur.* Ex hoc enim tex. colligi videtur fideicommiſſum inducere votum captandæ mortis, & concordiam fratrum minuere.

10 Pro reſponſione animaduertendum puto ius fideicommiſſorum ſuaptè natura non inducere votum captandæ mortis, nec minuere concordiam fratrum, alias a temporibus Auguſti ad hæc vſque tempora inter Chriſtianos non fuiſſet vſurpatum.

Itaque tex. huiuſmodi, vel eſt intelligendus in caſu particulari, de quo agebatur: forſan enim narratum fuerat, fratres illos rixoſos fuiſſe; in reſcriptis enim non narrantur omnes circunſtantiæ facti, cum illæ in ſupplicatione, cui reſcriptum ſubijcitur, continerentur.

11 Vel dicendum eſt tex. intelligendum eſſe vt fideicommiſſa per ſe quidem non minuant fratrum caritatem, inducantve votum captandæ mortis, ſed ex eis prauos homines arripere occaſionem captandi mortem alterius, quod non ſufficit, vt dici debeant odioſa; eadem enim occaſio ex inſtitutione hæredis, & es pupillari ſubſtitutione arripi poteſt; & tamen conſtat vtranque eſſe fauorabilem. *l. cum quidam, ff. de lib. & poſth. l. 42. de acq. hæred.* eadem occaſio præſtatur ex conſtitutionibus, in quibus datur facultas Canonicis, & Cardinalibus optandi, & ex illis quibus datur facultas Epiſcopis conferendi beneficia vacantia, quæ tamen conſtitutiones odio dignæ non exiſtimantur.

12 Tertiò adſertur idẽ tex. *in d. l. de fideicommiſſo,* dum decidit denegari reſtitutionem aduerſus renunciationem fideicommiſſi, cum tamen in alijs cauſis minor reſtitui ſoleat, *l. 1. ff. de minor.*

Reſpondeo reſtitutionem ſupponere læſionem *d. l. 1. & l. ſi curatorem habens, C. de in integ. reſtit.* & ideò non habet reſtitutionem minor, qui renunciauit fideicommiſſo reciproco in caſu mortis ſine liberis, quia ſtante incertitudine mortis, læſio probari non poteſt; poterat enim ipſe prior decedere, quo caſu fuiſſet ſibi vtilis conuentio. vide Alex. *in d. l. de fideicommiſſo, num. 2.* vbi Iaſ. & Dec. *eod. numero.*

13 Quartò fideicommiſſum impedit facultatem alienandi *l. fin. C. com. de leg.* ergo eſt odioſum, auferre enim hominibus diſponendi facultatẽ odioſum cenſetur *l. dudum, C. de contrah. empt.*

Reſpondeo non impediri alienandi facultatem, cum nunquam illam hæres habuerit, cum enim teſtator fideicommiſſum iniunxit, & hæres adeundo hæreditatem acquiſiuit, eam cum ſua cauſa acquiſiuit, cum onere nempè reſtituendi. Itaque non nocet tex. *in d. l. dudum,* quia loquitur de illis, qui plenum liberumque dominium habent.

14 Quintò adducitur tex. *in l. cum auus, ff. de cond. & demonſt.* vbi ad impediendum fideicommiſſum ſubintelligitur conditio ſi ſine liberis deceſſerit.

Reſpondet Card. Mantic. *num. 40.* & rectè id ex pietatis coniectura deduci, non ex natura fideicommiſſi. vide tex. *in l. cum acutiſſimi, C. de fideicommiſſ.*

15 Sextò adducitur in dubio pronunciandum eſſe contra fideicommiſſum *l. Lucius, §. tres hæredes, ff. ad S. C. Trebell.*

Reſpondeo rem ibi claram fuiſſe; ſpecies erat huiuſmodi. Quis ſcripſit tres hæredes, Meuium ex dodrante, Seium ex ſextante, Sticum eiuſdem Seij ſeruum ex vncia, rogauitque Seium, vt Sticũ manumitteret, addiditque, quod ſi quam Stico Seius controuerſiam mouiſſet, Meuio d. vnciam reſtitueret. Deindè iuſſit Meuio, vt quidquid ex hæreditate ipſius ad eum perueniſſet, id omne Stico reſtitueret. Mouit controuerſiam Seius d. Stico, & ideò fuit dubitatum, an liceret ipſi iam manumiſſo, agere contra Seiũ, vt prædictã vnciam ſibi reſtitueret, & reſpondet I. C. non proponi Seium rogatum prædictam vnciam Stico reſtituere. Nam aut venit Sticus ex primo fideicommiſſo facto in fauorem Meuij, & non poteſt obtinere, quia ipſe non eſt Meuius. Aut venit ex ſecundo fideicommiſſo, quod Meuio iniunctum fuit, & idem eſt, quia cum vncia prædicta Meuio non fuiſſet reſtituta, non poterat contineri in fideicommiſſo facto de eo, quod ad Meuium perueniſſet.

16 Septimum fundamentum eſt huiuſmodi: fauorabilis eſt illa interpretatio, quæ nos redigit ad terminos iuris antiqui, gl. *in c. ſtatutum, in verbo numerandum, verſ. item per hanc, de præben. lib. 6.* cũ alijs de quibus Curt. iun. *conſ. 5. num. 29.* ergo ea interpretatio erit fauorabilis, quæ fideicõmiſſa reſtringit, quia hoc modo ad ius antiquum reuertimur.

17 Reſpondeo in primis iure antiquo, licet fideicõ-

miſſa

missa secundum iuris rigorē non deberentur, eum, qui illa non restituebat, existimatum fuisse modicæ fidei hominem. vide tex. *Inst. de fideicommiss. hæred in princ.* ergo nō est verum, restringendo fideicommissa nos redire ad ius antiquum, quia tūc, non in fide hæredis rogati relinquimus fideicommissa, sed ea penitus extinguimus.

18 Secundò dico tunc demum fauorabile esse ad ius antiquum redire, cum ius nouum non est vtilius populo, & magis equum; ergo hæc propositio non pertinet ad casum nostrum, cum longè iustius sit, & vtilius fideicommissa restitui omninò debere, quàm fidei hæredis committi. vide tex. *Instit. de fideicomm. hæred. in principio.*

Verbum dono in testamento positum, an legatum introducat, vel donationem inter viuos.
Cap. XLVII.

1 SI quis testando dixerit, dono agrum Titio, isque præsens sit, & illud acceptet, an legatum contineat hæc dispositio, an donationem inter viuos quæstionis est: legatum eam continere dixit Faber *in §. legatum, Inst. de leg.* donationem autem inter viuos hoc verbum introducere contendit Ang. ibi, vtrique adsunt fautores non leuis auctoritatis. vide DD. *in rub. de leg.* 1. Caldas *de rest. in integrum, vers. sine curatore, nu.* 19. D. Fachin. *lib. 5. c. 32.* Mant. *lib. 8. tit. 1. num. 36.*

2 Qui donationem inter viuos hanc esse asserunt, mouentur hoc argumento: a proprietate verborū non est in dubio recedēdum, *l. non aliter, ff. de leg. 3.* ergo non debemus nos, qui sumus in dubio, recedere a proprietate verbi dono, quæ est, vt donationem inter viuos significet, *l. 1. ff. de donat.*

3 Quæ ratio tanti ponderis est, vt si quis moriens donauerit, non explicando se causa mortis donare, intelligatur tamen inter viuos, non autem causa mortis, donationem facere, vt decidit tex. *in l. Seia, in fin. de don. caus. mort.*

4 Ex eadem ratione descendit id, quod deciditur *in l. 7. vers. meminisse, de donat.* vbi dicitur, quod si pater dedit filio facultatem donādi peculium, non intelligitur dedisse facultatem donandi causa mortis, nisi id expressum fuerit, etiam si ibi donatio facta fuerit filio, cuius causa plenius dispositio patris intelligitur, *l. cum auus, ff. de condit.*

5 Adiuuant prædicta duæ regulæ iuris. Prima in testamentis pleniorem fieri interpretationem, *l. in testamentis, ff. de reg. iur.* Secunda in donationibus latè verba esse capienda, *c. cum dilecti, de don.* ex his enim inferri videtur verbum dono esse accipiendum propriè, quia sic plenior fit interpretatio.

6 Cōtraria pars hoc nititur solidissimo fundamento. Non est dubitandum legatum fieri posse præsenti, id enim clarè deciditur *in §. legatarijs, Inst. de testam. ordin. & alibi.* Non est etenim dubitādum verbum dono esse aptum ad inducēdum legatum, *l. 2. C. commun. de leg. l. legatum 37. ff. de leg. 2. §. legatum, Inst. de leg. l. quoniam indignum, C. de testam.*

His ita suppositis sic ratiocinor. In obscuris id spectamus quod verisimilius est, aut quod plerunque fit, *l. in obscuris, ff. de reg. iur.* sed verisimilius est, & plerunque fit, vt legata in testamento inferātur, quam donatio inter viuos, ergo dispositio de qua agimus legatum continet.

7 Verisimilius autem esse testatorem legare voluisse, quam inter viuos donare, ex eo probatur, quòd legando retinet dominium rei legatæ, quòd secus est, cum donat inter viuos, & ex hac verisimilitudine factum est, vt locator, qui remittit conductori pensionem, non videatur donare, etiam si vsus fuerit verbo donatio, vt decidit text. *in l. si vno, ff. loc.* plerunque enim pensio remittitur ei, quia non est verisimile quem donare velle, nisi id clarè appareat.

8 Non obstant in contrarium adducta, *ad l. non aliter.* Respondetur regulam illam intelligendam esse de proprietate, non strictè, sed largè considerata, quatenus improprietati opponitur, quæ declaratio colligitur ex ipsomet tex. dum ibi legitur. *Non enim in causa testamentorum ad verborum deffinitionem vtique descendendum est, cum plerunque abusiuè loquuntur, nec proprijs nominibus, ac vocabulis semper vtantur.* Si enim abusiuè plerunque loquuntur, eorum sermo nō est plerunque intelligendus secundū exactā, & strictam proprietatis sermonis normam.

9 Ex qua declaratione sequitur regulam prædictā non obstare, quia trahendo verbum dono ad legatum, non trahitur ad impropriam significationem, alioquin sequeretur Iustinianum Instit. de legatis impropriè fuisse locutum, dum dixit, legatum est donatio a testatore relicta, quod desumpsit ex Modestino *in l. legatum 37. de leg. 3.*

Non obstat text. *in l. Seia, in fine, de donat. caus. mort.* quia ibi donauit absolutè, & sine conditione redibēdi, vt ex tex. constat, qui enim sic donat, declarat, non mortis causa donare, sed donationē inter viuos facere, quia hæc sola irreuocabilis est.

10 Ad tex. *in l. 7. vers. meminisse, ff. de donat.* vbi residet tota difficultas, respondeo ideò non venire donationem causa mortis, data filio simpliciter facultate donandi, quia talis donatio a cęteris in hoc distat, quòd non abdicat ius in rebus donatis, a donante, & ideò facillimè quis inducitur ad ita donandū, etiam si ad donādum inter viuos homines egrè soleant induci. Nil mirum igitur, si data facultate donandi simpliciter, non veniat hæc donatio, quia ea quæ sunt digna spetiali nota, non veniunt in generali sermone, vt notant glos. & DD. *in Rub. C. de ser. & aqua, & alibi passim.*

11 Regula *l. in testamentis,* non obstat, nam intelligitur quatenus patitur natura vltimarum voluntatum, natura autem testamenti, & vltimarum voluntatum non patitur, vt id, quod scriptum est in testamento, si possit trahi ad causam testamenti, ad causam contractus duci.

Regula *c. cum dilecti, de donat.* loquitur de donationibus inter viuos, vt omnes admittunt, ideò non vrget contra nos, quia negamus nos circa donationem inter viuos versari.

An omissio legati destinati propter superuenientem mortem annullet testamentum.
Cap. XLVIII.

1 CVm quæritur, an omissio legati, quod facere testator destinauerat, faciat corruere testamentum,

tum, quando propter mortem ſuperuenientem omiſſum fuit, quæſtio in eo mihi conſiſtere videtur, an teſtator voluerit teſtamentum perfectum eſſe ſine tali legato. Cum enim ex iuris diſpoſitione teſtamentum, in quo nullum fuit ſcriptum legatũ, conſiſtat, *l. 1. verſ. qui neque legaturus, ff. de hæred. inſt.* vitium non poteſt aliundè oriri, quàm ex voluntatis defectu, lex enim ex teſtatore pendere vult, quando teſtamentum abſolutum, & conſumatum ſit.

2 Eam autem mentem teſtatoris fuiſſe exiſtimo, vt non antea teſtamentum conſumatum ſit, quam legatum, quod facere deſtinauerat, in eo poſitum fuerit, idque probo multipliciter, & primò.

Teſtator voluit legatum ſcribere in teſtamento, ergo voluit perfectum eſſe teſtamẽtum, antequam legatum in eo poſitum eſſet, teſtamento enim perfecto, nihil noui addi poteſt, *l. hæredes palam, §. 1. ff. qui teſt. fac. poſſ.* qua ratione tex. *in l. 1. §. quaudoque legaturus, ff. de hæred. inſt.* dũ dixit tribus verbis poſſe fieri teſtamentum, abſolutè, & ſimpliciter id non dixit, ſed reſtrictè ad eum, qui non eſſet legaturus; cnm enim quis legare vult non poteſt tribus verbis teſtamentum facere *Titius hæres eſto*, quia in illis legatum non poteſt contineri, & poſt illa legatum nõ poteſt ſcribi, ſi ex illis conſumatur, & perficitur teſtamentum.

3 Secundò moueor ex text. *in l. iu teſtamentis 26. C. de teſtam.* vbi Iuſtin. explicanx quid ſit opus, vt teſtamentum nuncupatiuum valeat, ait teſtes exaudire debere legata, fideicommiſſa, & libertates; ergo hæc pertinent ad perfectionem teſtamenti, aliàs non eſſet, eur Iuſtinianus exigeret pro validitate teſtamenti, vt teſtes exaudirent ea, quæ non pertinent ad perfectionem eius.

4 Si dixeris loqui tex. cum teſtator voluit ad perfectionem teſtamenti pertinere legata, & fideicommiſſa, in promptu reſponſio eſt, præſumere legem vnumquemque, qui deſtinauit facere legata, & libertates relinquere, voluiſſe illa ad perfectionem teſtamenti pertinere, aliàx perperam legem condens generalem, ſtatuiſſet teſtamentum nuncupatiuum valere, ſi modò teſtes inſtitutionem hęredis, legata, & fideicommiſſa exaudirent, reſtringendũ enim fuerat hoc ad caſum, quo voluerit teſtator hæc ad perfectionem teſtamenti pertinere.

Tertiò moueot ex tex. *in l. furioſum, C. qui teſt. fac. poſſ.* dum decidit teſtamentum a furioſo factũ, quàdo dilucida mentis interualla habebat, valere, ſi modò teſtamentũ conſumauerit, antequâ furor ſuperueniret, hinc enim ſequitur, quod ſi deſit legatum, quod in eo teſtator facere volebat, etiã ſi alia poſita fuerant, vitiari teſtamentum ex ſuperuenienti furore; non poteſt enim dici conſumatum teſtamentum, in quo teſtator legatum ponere volebat, *l. hæredes palam, §. 2. ff. de teſtis.*

Et ex his concludo teſtamentũ imperfectionis morbo laborare, quę fuit opinio Soc. ſen. *in Rubr. de leg. 1. nu. 1.* quæ communis eſt teſte Bologn. *nu. 62.*

5 Pro contraria opinione primò adducitut tex. *in l. iubemus, C. de teſtis*, vbi decidi videtut teſtamentum ex eo non vitiari, quod omiſſum fuerit nomen eius, quem cum alijs hæredem ſcribere deſtinauerat teſtator, etiam ſi morte fuerit prędeuẽtus, dummodò alij hæredes ritè fuerunt ſcripti, ſed facilè reſpondetur in hoc tex. omiſſum non fuiſſe hæredem, ſed nõ ritè fuiſſe eius nomen expreſſum in teſtamento, vt notat Bar. ibi *num. 2.* & probant illa verba, *vel in eius inſtitutionem, cuius nomen neque lingua, neque manus teſtatoris ſignificauit:* ſi enim fuiſſet nomen hæredis a teſtatore omninò omiſſum, quomodò deffenderetur Imp. qui huiuſmodi hæredis inſtitutionem annullat?

6 Secundò affert text. *in l. cum pater 29. §. fin. ff. de leg. 2.* vbi habetut quendam reliquiſſe fideicommiſſum ciuitati, vt certa non fieret, & cum dixiſſet ſe in alia ſcriptura formam certaminis eſſe declaraturum, morte præuentus eam non declarauit, & tamen deciditur ibi fideicõmiſſum deberi.

Reſpõſio patet ex gl. ibi, teſtatorem ſcilicet noluiſſe ſuſpendere teſtamẽti perfectionem, & ſi declarationem formæ certaminis diſtuliſſet, quia in alia ſcriptura id facere velle dixit; non eſt enim credibile, eum voluiſſe teſtamentum manere in ſuſpenſo, donec ſcriptura eius rei fieret, quæ conſultationem, & diſcuſſionem non leuem poſtulabat.

Nil mirum igitur, ſi teſtamentum valeat, quia perfectum erat, & abſolutum, quod in caſu noſtro negamus eueniſſe.

7 Tertiò adducitur tex. *in l. pen. C. de inſt. & ſubſtit.* vbi deciditur inſtitutionem hæredum puram cenſeri, cum teſtator dixit, inſtituo iuxta conditiones inſia ponendas; ẽt ſi nulla deindè appoſita fuit conditio a teſtatore. Ergo deſtinatio non ſuſpendit perfectionem voluntatis.

Reſpondetut tex. non loqui, quando teſtator fuit morte præuentus, loquitur enim quando compleuit teſtamentum, & deindè ſuperuixit, quo caſu apparet eum voluiſſe teſtamentum perfectũ eſſe ſine huiuſmodi conditionibus, alias illud non compleuiſſet, idque ex argumẽto, quo vtitur I. C. euidenter patet, eſt enim deſumptum ex deciſione Papiniani *in d. l. cum pater, §. fin. ff. de leg. 2.* nam eo loci teſtator voluit perfectum eſſe teſtamentum etiã ſine declaratione, quam facere deſtinauerat, vt oſtendi num. 6.

8 Nec dicatut etiam *in d. §. final.* fuiſſe morte pręuentum teſtatorem, quia verum eſt quidem eũ mortuum fuiſſe, antequam ſcripturam faceret de forma certaminis, vt patet ex illis verbis *alia ſcriptura ſe declaraturum promiſit, ac poſtea morte præuentus non fecit*, quod verò id acciderit, ante completum teſtamentum, non dicit tex. nec aliqua cõiectura probatur, cum declaratio longam conſultationem deſideraret.

9 Quartò adducitur tex. *in l. 2. ff. de hæred. inſtit.* vbi inſtitutio ex partibus, quas adſcripſero, valet etiam nullis appoſitis partibus.

Reſponſio patet ex illis verbis tex. *ſed magis eſt, vt ſic vtraque inſtitutio accipiatur, ex quibus partibus quas adſcripſero, ſin minus ex æquis.*

10 Quintò legatum, & inſtitutio ſunt diuerſa. Ergo ex omiſſione legati non debet inferri ad nullitatem inſtitutionis, maximè conſiderando, illam eſſe caput, & fundamentum teſtamenti, *§. ante hæredis, Inſt. de leg.* ex qua teſtamentum vires accipere dieitur, *l. quod per manus, ff. de iur. cod.*

Nihil eſt, nam inſtitutio, & legata ex teſtamen-

to

to pendent, si validum est tenent, sin minus corruunt, non est igitur mirum, si omissio legati faciat corruere institutionem, quia eo deficiente imperfecta est voluntas testatoris, & ideò testamentum non valet, quod vires ex institutione accipere dicitur, quia inter eius solemnitates Principem locum obtinet, non quia sola sufficiat, nam constat, quod si vnus ex testibus deficiat, institutionem, & totum testamentum corruere, *l. si vnus, C. de test.*

11 Sextò absurdum esse aiunt accessorium tribuere vires, & vitam principali, argumento tex. *in l. quod per manus, ff. de iur. cod.* Ergo absurdum est id quod asserit nostra opinio, quia sic legatũ, quod est accessorium testamenti, vires testamento tribueret.

Nihil est, nam forma est illa, quæ dat vires testamento, & licet apposito legato, statim valeat testamentum, non tamen sequitur legatum dare vires testamento, nam hoc accidit, quia apposito legato voluntas testatoris perficitur, omniaque ad inducendam formam necessaria absoluuntur, sic argumentantur.

12 Septimò, nemo præsumitur eligere viam, per quã eius dispositio corruat, *l. 3. ff. de test. mil.* Ergo non præsumitur testator voluisse perfectionem testamenti pendere ex legato, quia tunc eam elegisset viam, quæ eius perderet testamentum.

Respondeo facillimum esse ponere legatum destinatum in testamento, & ideò, cum quilibet testans in potestate habeat, adimplere quod destinauit, non dubitat is, qui testatur suspendere perfectionem testamenti, quousque legatum destinatũ fuerit positum.

Secundò dico, testatorem, qui vult in testamento ponere legatum, in necessariam antecedentiam velle testamentum non antea perfectum esse, quã illud positum fuerat, vt num. 2. & 3. declaraui, & proindè regula ex aduersò allegata non pertinet ad rem nostram, quia habet locum in ijs, quæ ex voluntate testatoris pendent.

De vi, ac potestate clausulæ derogatoriæ in primo testamento positæ ad l. si quis in princ. 22. ff. de leg. 3. *Cap. XLIX.*

1 Circa vim, ac potestatem clausulę derogatorię in primo testamento positæ tractant multa DD. *in l. si quis in princ. 22. ff. de leg. 3.* vbi Bart. & Soc. iun. *in l. si mihi, & tibi 12. §. in legatis, ff. de leg. 1.* vbi Ias. Soc. sen. Ruin. Alex. & alij *in l. sancimus, C. de testam.* Natta *in l. hac consultissima, §. ex imperfecto, a num. 25. C. de testam.* Couarr. *in Rub. extra de testam. par. 2. num. 19.* Cuiac. *lib. 14. c. 7.* Card. Mant. *lib. 12. tit. 8.* Menoch. *lib. 4. præsumpt. 166.* D. Fachin. *lib. 4. c. 92.*

2 Pendent autem omnes de hac re a DD. excitatæ dubitationes ex eo, quod putant eam esse huius clausulæ vim, vt primum testamentum per secundum non ita facilè reuocetur, ac fieret, si huiusmodi clausulam non contineret.

Aduersus quam sententiam, quæ displicuit auctoribus statutorum patriæ meæ, vt constat ex c. 35. lib. 5. acutissimè, & luculenter de more licet disputauerit Præses clarissimus Faber *de erroribus pragmat. decade 37. errore 7. 8. 9. 10.* non inutilem tamen futuram esse spero nostram in ea impugnanda operam.

3 Antequàm autem rem aggrediar, animaduertere oportet, non esse eum DD. sensum, vt necessarium omninò sit de huiusmodi clausula in secundo testamento fieri mentionem, vt per secundum testamentum primum tollatur, sed eos solum desiderare, vt constet testatorem voluisse a primo testamento discedere aliter, quàm ex eo, quod secũdum testamentum fecerit, vt constat ex Bald. *in l. sancimus, num. 6. C. de testam.* Soc. *in d. §. in legatis, num. 9. & 15.* Couar. *in d. Rubr. num. 19. vers. quarta conclusio.* Menoch. post alios *d. præsumpt. 166. num. 34.* Card. Mant. *d. tit. 8. num. 13.* quod etiam admisit amplissima Rota Rom. *in Romana hæreditatis 12. Ianuarij 1615. coram Reuerendissimo D. Pirouano I. C. equidem præclarissimo*, & in alijs causis, vt constat ex Cæsar. de Grass. *decis. 1. de test.* Seraph. *decis. 291. num. 10. & 418. num. 1.*

4 Hoc præcognito de vtilitate huius clausulæ in primis agamus. Iactant enim eius vsum non modò vtilem, sed pernecessarium esse illis, qui verentur, ne suorum flagitationibus, & quotidiano conuitio deuicti, reuocare compellãtur eam dispositionem, quam aliàs non essent reuocaturi, per hanc enim clausulam fieri dicunt, vt salua priori dispositione, possint precibus suorum satisfacere condendo secundum testamentum.

5 Sed ne huiusmodi clausula hãc vim habeat eorumdemmet DD. traditiones effecerũt; ipsi enim clausulas quasdam excogitauerunt, quarum potestate innanes reddi clausulas derogatorias docent, vt constat ex Menoch. *de præsumpt. 166. a nu. 34. vsque ad num. 60.* facilè enim erit illis, qui adeò importuni sunt vim clausularum derogatiuarum in primo testamento positarum eludere, curando aliquas ex his clausulis in secundo testamento poni, facilè inquam erit, non modò, quia libri de hac re tractantes peruulgati sunt, sed quia notarij, quos ad scribenda testamenta vocare solemus clausularum huiusmodi periti plerumque sunt.

Non patietur, dicet aliquis, testator aliquam ex his clausulis in secundo testamento inseri. Nihil agis, non modò, quia pauci ex ijs, qui testamenta condunt, quænam hæ clausulæ sint intelligunt, sed quia illi, quorum precibus deuictus, secundum testamentum facit, statim intelligent aliud ab eo cõditum fuisse testamentum, quod vbi cognouerint, vix est, immò ne vix quidem, vt testator, qui eorũ importunas preces, nec ferre, nec compescere valet, in priori persistat voluntate.

6 Legum nunc auctoritate eandem sententiam impugnabimus, & primo per tex. *in l. Diui, §. licet, ff. de iure codicill.* cuius auctoritate nostram sententiam secuti fuerunt vetustissimi iuris nostri DD. Iacobus de Arena, & Iacobus Beluisius: verba tex. hæc sunt. *Licet in confirmatione codicillorum paterfamilias adiecerit, vt non aliter valere velit, quàm sua manu signatos, & subscriptos, tamen valent ab eo facti codicilli, licet neque ab eo signati, neque eius manu scripti fuerint, nam ea, quæ postea geruntur prioribus derogant.*

Hoc loco I.C. nõ agit de aliqua spetie, sed quæstionem

ſtionem nullis coarctatam circunſtantijs proponit, perperam ergo faciunt illi, qui circunſtantias quaſdam excogitant, quibus eius deciſionem coarctent, nam hoc ariolari eſt, non interpretari.

7 Ait autem I. C. eum, de quo agebatur, dixiſſe ſe ſe nolle alios codicillos valere, quam ſua manu ſignatos, & ſubſcriptos, verebatur nempè, ne falſi ſubijcerentur codicilli, & ne aliquorum precibus induceretur ad condendos codicillos præter animi ſui ſententiam, dum autem a ſe ſcriptos, & ſignatos eſſe deſiderat, non id agit, vt velit hoc veluti ſolemnitatem quandam in eis deſiderari, quis enim ignorat iuris publici eſſe opus ſolemnitates introducere? Sed vt falſos codicillos fabricandi occaſionem tolleret, & vt poſset eos eludere, qui eũ ad codicillos faciendos impellebant, & ideò non ſunt audiendi illi, qui dicunt hanc legem ad quæſtionem noſtram non pertinere, quaſi hæc clauſula ſolemnitatis derogationem, non autem voluntatis contineat.

8 Aduerſus quos illud præterea vrget, quod cum teſtator non vult valere teſtamentum, niſi hęc, vel alia ſolemnitas fuerit adhibita, id ipſum ante oculos habet, quod cogitat is, qui clauſulam voluntatis derogatoriam inſerit, quod ſcilicet veretur, ne aliquorum precibus deuictus ſecundum teſtamentum præter animi ſui ſenſum ſit confecturus, nam temerè clauſulas huiuſmodi in ſuis diſpoſitionibus homines non ſolent inſerere; non eſt ergo, cur inter has clauſulas fiat differentia, cum per vtramque idem ſpectet teſtator, ex cuius voluntate clauſulæ huiuſmodi vim accipiunt, atque ita cum Bar. plerique DD. ſentiunt.

9 Cum autem ſecundos codicillos feciſset is, de quo agit I. C. qui nec ſcripti, nec ſignati manu teſtatoris fuerant, ait I. C. eos valere his verbis, *tamen valent facti ab eo codicilli, licet neque ab eo ſignati, neque manu eius ſcripti fuerint*. Sic autem I. C. loquitur, vt intelligamus eum admittere codicillos, etiamſi non eo modo facti fuerint, quo teſtator fieri deſiderauit; huius autem ſuæ opinionis rationem reddit inquiens, *Nam ea, quæ poſtea geruntur prioribus derogant*.

Vis huius rationis ex natura vltimarum voluntatum deſumpta eſt; cum enim in his ambulatoria ſit hominis voluntas vſque ad mortem, *l. 4. de adim. legat.* quod poſtremò placuit inſpicitur *l. ſancimus, C. de teſtam. l. 2. ff. de iniuſto rupto, cum ſimilib.* Hanc autem rationem ſolam mouiſſe I. C. non eſt dubitandum, cum eam ſolam alleget.

10 Cum autem hæc ratio ex natura vltimarum voluntatum deſumpta nihil aliud requirat, quàm vt teſtator ſciens, volenſque rectè teſtetur *§. ex eo, Inſtit. quib. mod. teſt. infir.* perperam illi faciunt, qui aliud exigunt, vt codicilli, de quibus I. C. agit, reuocentur. Si enim hæc ſola ratio non ſufficit, cur ea ſola vſus fuiſset I. C.?

11 Inſuper cum rationis huius vis ſit, vt penitus tollantur ea, quæ primò facta fuerunt, per ea, quæ deindè iuſſit teſtator, impoſitè nimis faciunt illi, qui aiunt codicillos quidem ipſo iure valuiſſe, ſed tamen per exceptionem reijci potuiſſe. Si enim I. C. putauit in ea, de qua agebat ſpetie, hanc rationem non habere omnem eam vim, quam regulariter habet, cur ea ſimpliciter vtitur, nihil adijciendo, ex quo intelligi poſſit, eius vim tunc diminutam fuiſſe? ex quibus diſſoluta ſunt omnia, quæ pro reſponſione allegantur, de quibus Salic. *in d. l. Sancimus, a num. 6.* Soc. iun. *in d. l. ſi quis, a num. 30.* Aquilinus *in l. non ſolum, §. morte, a num.* 127. *de oper. nou. nunciat.*

12 Secundò noſtræ ſententię fauet plurimum *l. fin. in principio, ff. de legat.* 2. dixerat teſtator, ſi quid obſignatum hæres recepiſſet, id vice codicillorum valere, non obſcurè ſignificans, ſe ſe nolle iure codicillorum valere, quæ reſignata hæres recepiſſet, cur enim ſic loquutus fuiſſet, ſi nihil referre volebat, an obſignata ſcriptura eſſet, an aperta? hocque plerique noſtrorum agnoſcunt, vt conſtat ex Menoch. *d. præſump. 166. num. 64.* dum autem dixit teſtator ſe ſe velle, vt vim codicillorum ea epiſtola haberet, quam obſignatam tranſmiſſurus erat, id reſpiciebat, quod conſiderat teſtator noſter, neque enim abſque cauſa id dixiſſet, & ideò eius mens fuit adimere vim ei epiſtolæ, quæ ſignata non eſſet, vt vicem codicillorum ſubiret, *iuxta l. vnicam, §. ſancimus, in fine, C. de lat. liber. tollenda.*

13 Accidit autem, teſtatorem, qui ſic præfatus fuerat tranſmittere epiſtolam non obſignatam, & ideò fuit dubitatum, an id præſtandum eſſet, quod in epiſtola contineretur, & reſpondet I. C. ſi fides epiſtolę conſtaret, eam valere, nihil aliud præterea deſiderans, ergo nihil aliud neceſſe eſt, vt vires huiuſmodi epiſtola habeat, nam I. C. qui nominatim expreſſit id, de quo nemo erat dubitaturus, valdè erraſſet illud ſubticendo, ex quo reſponſum eius pendebat.

14 Solebant quidem I. C. in libris, quos de iure edebant preſſius, & obſcurius quandoque aliqua exponere, peritis enim ſcribebant, in reſponſis autem clarè admodum verſabantur, quia abſurdum nimis eſt reſponſum ad iuris interpretationem editũ interprete indigere.

Non ſunt itaque audiendi illi qui dicunt in ea epiſtola nonnulla fuiſſe mutatæ voluntatis inditia, aut alias in ea ſpetie extitiſſe circunſtantias, ex quibus voluntas teſtatoris appareret, quia de his, nec verbum quidem apud I. C. extat.

15 Huic tex. aduerſarij reſpondere ſolent, clauſulam derogatoriam per argumentum a contrario ſenſu ibi elici, & ideò non eſſe tantæ poteſtatis, quanta eſt ea, quæ expreſſis verbis fuit facta.

Nihil eſt, nam vis derogatoriæ clauſulæ in eo conſiſtit, ſecundum DD. quia adimitur per eam teſtamento ea præſumptio, quam ſuaptè natura haberet, nam efficit, ne exiſtimemus ex animi ſui ſententia, deſunctum teſtatum fuiſſe, niſi appareat eum ante oculos clauſulam habuiſſe, & ea non obſtante voluiſſe a priori voluntate diſcedere; hinc enim ſequitur non poſſe conſtitui differentiam, quam ipſi inuehunt, ſiue enim expræſsè, ſiue tacitè clauſula hæc contineatur, ſemper verum eſt teſtatorem timuiſſe, ne precibus ſuorum victus a primo teſtamento præter animi ſententiam diſcederet, & proindè, ſi hæc clauſula verbis diſertis expreſſa eam vim habet, vt adimat ſecundo teſtamento illam, quam ſuaptè natura habet præſum-

16 ptionem, illam quoque obtinebit, cum per argumentum

mentum a contrario ſenſu colligitur, argumentũ enim huiuſmodi non aliter valet, quam ſi cum cõtrario ſenſu verborũ mens quoque loquentis concordauerit, vt vel ipſi aduerſarij fatentur, conſule DD. *in l. 1. ff. de off. eius*, vbi Bart. *num.* 16. Alex. *nu.* 40. & 42. Iaſ. *num.* 38. *verſ. limita tamen.* Rimin. *nu.* 173. Alf. *num.* 46. & alij, de quibus Mantica *de coniectur. lib. 3. tit. 16. num. 4.* D. Fachin. *lib. 13. c. 4.* aliter reſpondet Aquilinus *in d. §. morte, num. 126.* cui præter alia obſtat, quòd non eſt verum, teſtes in huiuſmodi epiſtola deſideratos tunc fuiſſe, hoc enim deindè inductum fuit. *vide l. fin. ad finem, C. de iure codicillor.*

Diſſoluamus nunc argumenta, quibus recepta ſententia nititur.

17 Primum dependet *ex l. ſi quis in principio 22. ff. de leg. 3.* dixerat teſtator in principio teſtamenti, *cui bis legauero ſemel deberi volo*, deindè ſciens eidẽ plura legauit, ait I.C. *legata quidem valere, quia nemo poteſt dicere ſibi legem, a qua nequeat diſcedere*, ſed tamen, vt hæc ſua voluntas habeat locum, opus eſſe, *vt ſpetialiter dixerit, ſe prioris voluntatis pœnituiſſe.*

Eodem modo ergo, ſi quis in ſuo teſtamento dixerit, ſi contigerit alteri me hæreditatem dare, ſecundum teſtamentum condendo, eam illi præſtari nolo, niſi hoc vel illud in huiuſmodi teſtamẽto contineatur, aliud condendo teſtamento nihil agit, niſi ſpetialiter expreſſerit ſe prioris voluntatis pœnituiſſe.

18 Cuiac. *lib. 14. c. 7.* ſcribit eam clauſulam, in qua dicitur oportere, vt teſtator ſpetialiter exprimat ſe a priori voluntate diſceſſiſſe, non I.C. ſed Triboniano eſſe tribuendam, & cum eo ſentit Faber *d. decade 37. e. 8. a num. 17.* Quibus ne aſſentiar illud facit, quòd cum non ſit ſatis, teſtatorem ſcienter legaſſe, hoc eſt mutauiſſe ſententiam, niſi de mutatione conſtiterit, neceſsè eſt, vt aliquo ſigno appareat, eum legauiſſe eo animo, vt omnia legata præſtarentur, nam cum præfatus fuerit, ſe ſe nolle ei, cui pluries legauerit, non niſi ſemel dari, hæres eum, cui plura legata facta fuerunt, proculdubio repellet, niſi de mutatione voluntatis docuerit, vt *in l. ſi ita ſit ſcriptum 14. de leg. 1. l. conficiuntur, de codicill.* de qua cum non poſſit plerumque conſtare, niſi teſtator voluntatem ſe mutauiſse profeſsus fuerit, meritò I.C. vel ſi mauis Trihonianus, ex eius tamen mente, & iuris ratione, exigit, vt ſpetialiter teſtator dixerit, ſe prioris voluntatis pœnituiſse.

19 Iacobus de Arena, ſi credimus Saliceto *in d. l. ſancimus, num. 6.* dicebat, hunc tex. loqui de legatis, in quibus adimendis, nuda volũtas ſatis eſt, *l. 3. §. vlt. cum l. ſeq. ff. de adim. leg.* & ideò non rectè trahi ad inſtitutionem hæredis, quæ nuda voluntate conſtitui, vel tolli non poteſt, *l. 11. §. teſtamento, ff. de bon. poſſ. ſecundum tab. §. ex eo, Inſt. quib. mod. teſt. infir. l. ſancimus, C. de teſtam.* quam reſponſionem luculenter comprobat Faber *d. decade 37. errore 7. num. 7. cum ſeqq. & latius errore* 8.

20 De huiuſmodi reſponſione valdè dubito, ſicut enim defectus voluntatis teſtatoris non ſinit perfici legata, ita nec teſtm̃ perfici ſinit, *iuxta l. 1. de teſtam.* & ideò licet nuda voluntas non ſit ſatis ad conſtituendam, vel tollendam inſtitutionem perfectam, ſatis tamen erit ad impediendam eius perfectionem, quod eſt illud, quod aduerſarij aſserũt, aiunt enim clauſulam derogatoriam ſufficienter probare, teſtatorem ſimulauiſse, niſi appareant ſigna mutatæ voluntatis.

Et ideò ſimilis omninò cauſa videtur, quò ad rem noſtram legatorũ, & inſtitutionum, ſicut ergo præambula proteſtatio efficit, ne legatum exiſtimetur ex animi ſententia, datum, niſi apparuerint mutatæ voluntatis ſigna. Ita efficere debet, vt teſtamentum, quod ſecundo loco factum fuit, ſimulatum cenſeatur, niſi appareat teſtatorem voluntatem mutauiſse.

21 Non eſt equidem ferendus is, qui cum ſimpliciter teſtatus fuerit, profitetur ſe ſimulatè teſtatum fuiſſe, excuſatione tamen digniſſimus eſt ille, qui cum id ſe facturum eſſe, quo ab importunis flagitationibus liberaretur, dilucidè proteſtatus fuit, ſi id allegauerit.

22 Alia ergo ratione nodus diſſoluendus eſt, & vt mihi videtur commodiſſimè id fit, dicendo ſecundi legati dationem non tollere vim proteſtationis, cui bis legauero, ei ſemel præſtari volo, quia ſuaptè natura non præ ſe fert mutationem voluntatis, & ideò hæres, qui fundatam habet intentionem, legatarium repellet, niſi de mutata voluntate docuerit, ſecundum autem teſtamentum, cum ſuaptè natura reuocet primum, *l. ſancimus, C. de teſtam. §. ex eo, Inſt. quib. mod. teſt. infirm.* efficit, vt is, cui hæreditas in eo relicta fuit, intentionem fundatam habeat, & per conſequẽs is, qui illud ſimulatum eſſe affirmat, probationis onere prægrauatur.

23 Secundum argumentum ducitur *ex l. ſi mihi, & tibi 12. §. fin. de leg. 1.* dum ait. *Nam ſi ita ſcripſero, quod Titio infra legauero, id neque do, neque lego, quod infra legatum erit, non valebit.*

Eodem modo igitur aiunt aduerſarij, cum teſtator dixit, ſi contigerit ſecundum teſtamentum, in quo hoc, vel illud non fuerit deſcriptum, a me conſcribi, hæreditatem & legata, quæ in eo continentur neque do, neque relinquo, hæreditatis, legatorumque datio in eiuſmodi teſtamento facta non valebit.

24 Reſpondeo vſitatum quidem eſſe, & ſecundum iuris rationem vnam partem teſtamenti, cæteras eiuſdem teſtamenti partes interpretari, & regere, ſecundum autem teſtamentum a primo teſtamento, ad cuius derogationem venit ſub prætextu interpretationis pendere, nec vſitatum eſt apud iuris noſtri auctores, nec ſecundum iuris rationem; hac enim ratione efficeretur, vt id quod ad alterius deſtructionem venit, ab eo, cuius extinctionem molitur, penderet, non rectè igitur id quod in hoc text. legitur ad rem noſtram trahitur.

25 Tertium argumentum ducitur *ex l. conficiuntur, §. fin. de iur. codicil.* dum ait. *Si quis certi generis codicillos confirmauerit, puta quos nouiſſimos fecero, non vtique ſtatim, quæ codicillis dantur conſiſtere videbuntur, quandiu alij quoque fieri poſſunt, & ideò ſi alij poſtea fiant, legata in prioribus data non valebunt.*

Reſpondeo codicillos, quos teſtator de quo agimus fecit, ſtatim, ac fuerunt facti plenè non conſiſtere, quia propter præambulam confirmationem conditionaliter facti cenſentur, ſi modò alios codicillos

cillos teſtator non fecerit, quod vbi accidit, tunc adimpletum eſt, quod teſtator futurum eſſe prædixerat, & ideò non eſt mirum, ſi nouiſſimi tantum codicilli ſuſtineantur. Non pertinet ergo hic tex. ad quæſtioοem noſtram, quia nihil eſt, quod oſtendat in eadem voluntate teſtatorem permanſiſſe, immò non ambigua mutatæ voluntatis ſigna, ex eo, quod ſecundum teſtamentum condidit, colliguntur.

26 Quartò pro hac ſententia adducitur id, quod notat Bart. & cum eo alij *in l. qui in aliena, §. Celſus, de acq. hæred. in l. pacta nouiſſima, C. de pactis, & in l. non ſolum, §. morte, de oper. nou. nunt.* DD. *in c. cum M. Ferrarienſis, de conſt.* proteſtationẽ ſcilicet, qua quis profitetur ſe aliquid ſimulatè facturum eſſe, tanti momenti eſſe, vt præſumẽdus ſit actus huiuſmodi ſimulatus, ſi non appareant mutatæ voluntatis indicia. Hinc enim ſequi aiunt, eum, qui in ſecundo teſtamento, de quo agimus, inſtitutus fuit, non poſſe eius beneficio hæreditatem habere, niſi doceat de mutatione voluntatis teſtatoris.

27 Vt huius fundamenti vim intelligamus, meminiſſe oportet, non poſſe directè, & naturaliter huiuſmodi proteſtationem probare ſimulationem, quia quid in poſterum nobis placiturum ſit, ignoramus, ſed tantum indirectè, & præſumptiuè eam indicabit, quatenus ex huiuſmodi proteſtatione intelligimus voluntatem teſtatoris, cuius mutationem non eſſe præſumendã tritiſſima interpretum regula eſt.

28 Expendere igitur nos diligenter huiuſmodi regulæ vim oportet, vt id quod quærimus aſſequamur, quod illicò intelligemus, ſi fundamentum ipſius in aperto ponemus. Cum autem voluntas noſtra ſuaptè natura valdè inſtabilis ſit, vnde in Euangelio dicitur, *non ne duodecim ſunt horæ diei?* vtique huiuſmodi regula hinc non põt colligi. Inſtabilis ẽt valde eſt rerum humanarum ſtatus, & quotidianæ mutationi obnoxius, & ideò nec ex parte obiecti voluntatis regula hæc poteſt deſumi.

29 Hominum autem ingenia, quot modis inter ſe diſtant? prout etiam negotiorum infinita prope varietas eſt, non poteſt ergo quid plerumque accidat circa voluntatis noſtræ mutationem definiri, ſi naturam eius, ſubiectum, & obiecta inſpicimus, & proindè aliundè regulam, de qua agimus, pendere oportet, non aliundè autem duci poteſt, quam ex regula *l. 2. ff. de probat.* ei nempè qui dicit incumbere onus probandi, hinc enim ſequitur illum, qui mutationem voluntatis allegat, eam debere concludenter probare.

30 Quod ergo dicitur, mutationem voluntatis non præſumi, non eum ſenſum habet, præſumendum eſſe, eum de quo agitur in eadem voluntate perſeuerauiſſe, ſed incertum eſſe, an mutata fuerit voluntas, & ideò ei, qui eam allegat, incumbere onus probandi, & ita loquitur *l. eum qui, de probat.*

Tunc ergo hæc regula obtinebit, cum is, qui mutationem voluntatis allegat, non habet fundatam intetionem; conſtat enim eum, qui ſufficienter ſuã intentionem probauit, obtinere debere, niſi ex aduerſò exceptio fuerit concludenter probata, *l. in exceptionibus, ff. de probat.* quod exemplo ad rem noſtram accommodatiſſimo faciam planum deducto *ex l. 6. § licet, de codicillis.*

31 Teſtator, qui proteſtatus fuerat ſe ſe nolle valere codicillos, quos ipſe non ſubſcripſiſſet, nec ſignaſſet, fecit codicillos, neque eos ſignauit, ſubſcripſitvè. Quærit I.C. an ſint obſeruandi huiuſmodi codicilli, & affirmatiuè reſpondet, etiam ſi non conſtaret, teſtatorem ab huiuſmodi proteſtatione diſceſſiſſe.

Cum enim is, ad cuius fauorem facti fuerunt codicilli non probat, teſtatorem mutauiſſe voluntatem, niſi quatenus ipſimet codicilli præ ſe ferunt, nulla certè alia de cauſa id accidit, niſi quia eius intentio ſufficiẽter ex ipſis codicillis fundatur, quod inſinuat I.C. dum reddens rationem ſuę deciſionis ait, *poſteriora derogare prioribus*, cum enim poſterior ea ſola diſpoſitio ſit cenſenda, quę ex ſententia teſtatoris profecta eſt, perperã ratiocinaretur I.C. niſi exiſtimaret, ſatis eſſe ad poſteriorem voluntatem oſtendendam ea diſpoſitio, quæ poſtremò facta eſt, etiam ſi nihil contineat, ex quo clauſulæ derogatoriæ reſciſio colligi poſſit.

32 Nõ pertinet ergo ad rem noſtram regula ex aduerſò allegata, quia is, qui ſecundum teſtamentum allegat, plenè ſuam intentionem fundat, *l. ſancimus, C. de teſtam. §. poſteriore, Inſtit. quib. mod. teſt. infirm.*

Et hæc reſponſio non debet dura videri Bart. & ſequacibus, nam ipſi docent teſtatorem, qui proteſtatus fuit ſe ſe nolle valere teſtamentum, niſi cum hac, vel illa ſolemnitate, eo ipſo cenſeri mutauiſſe voluntatem, quod ea non obſeruata teſtatur. Ita Bart. *in d. l. ſi quis in principio, num. 2. verſ. videte, verſ. eſſent enim verba*, quem alij ſequuntur, teſte Socin. iun. *ibi num. 23. verſ. præterea.* Cum enim eadem ſit proteſtatio, & cauſa proteſtandi, cur diuerſum ius introduci debet?

Et eo magis id admitti debet, quia, vt ſuprà admonui, illi, qui precibus extorquent teſtamenta, ſolent curare, vt ampliſſimis clauſulis teſtamentum muniatur; ſi enim dicamus eos, quos teſtator inſtituit, diligentes nimis fuiſſe in extorquendo teſtamento, cur eos negligentes eſſe putamus in curando, vt clauſulis amplis teſtamentum muniatur, ne per antecedentis teſtamenti clauſulam inanis eorum conatus reddatur?

Iuramentum an habeat vim clauſulæ derogatoriæ ad futura teſtamenta; Et an ſit neceſſaria ſpecialis eius mentio, vt per ſecundum teſtamentum primum tollatur. Cap. L.

1 IVramentum habere vim clauſulæ derogatoriæ ad futura teſtamenta ſcribit Bart. *in l. ſi quis in princ. num. 15. de legat. 3.* quem alij communiter ſequuntur, vt per Soc. iun. *ibi num. 72.* Couar. *in Rubr. extra de teſtam. par. 2. num. 19. concluſ. 4. verſ. ſecundo infertur.* Gabr. *lib. 2. concluſ.* 114. moti ex eo, quòd iuramentum huiuſmodi habet vim clauſulæ omni meliori modo, *l. cum pater 79. §. filius matrem, de leg. 2.* hinc enim inferunt teſtamentum cum clauſula derogatoria cenſeri factum, cum hic ſit firmior modus, quo teſtamenta condantur.

2 Aduerſus hanc opinionem Soc. iun. excitat duas difficultates. Prima ex eo pendet, quod hoc iuramentum, cum fuerit aduerſus leges præſtitum, *l. ſtipulatio*

pulatio

pulatio hoc modo concepta, de verb.oblig. nullam potest habere vim *l.non dubium, C.de legib.*

Secunda ait Socinus, clausulã omni meliori modo, non habere tantã vim, vt in testamento derogatoria clausula cõtineatur, alioquin omnia testamenta haberent clausulam derogatoriam, cum in omnibus hæc clausula inseratur, & proindè nec iuramentum id efficere poterit, cum ipsius potestas, quò ad hanc rem, non aliundè deducant DD. quam ex eo, quòd contineat clausulam omni meliori modo.

3 Primæ difficultati satisfit text. *in d. §. filius matrem,* ibi enim secundum intellectum communem, quem non improbat Socin. apertè dicitur, huiusmodi iuramentum efficere, vt fideicommissum, quod aliàs inutile esset, præstetur.

Secunda autem difficultas corruit, quia plus valet iuramentum, quã clausula omni meliori modo.

4 Ego existimo, sententiam receptam esse apertè falsam, secutus vestigia Fabri *decade 39. errore 2.* quod, vt ostendere valeam, præmitto vim iuramenti ex religionis vinculo pendere, *c.debitores, de iur. iur.* & ideò, vt iuramentum circa ea, quæ religionem non tangunt, operetur, necessè est, vt extrinsecus hanc vim acquisierit, nempè ex lege positiua, vel ex voluntate iurantis. Cum itaque nihil commune cum religione iusiurandi habeat clausula, de qua agimus, in testamento iurato subintelligi, necessè est aduersarijs ostendere vnde hanc vim iuramentum acquisiuerit.

5 Et quod pertinet ad voluntatem eius, qui iurauit, nulla causa est, vt dicamus, eum voluisse huiusmodi clausulam in testamento, quod iuramento confirmauit, subintelligi, quia ad eum effectum, quem consequi curabat, assequendum nec opportuna est, aut necessaria.

6 Cum quis iuramento firmat testamentum a se conditum, non est eius mentis, vt velit illud valere, etiam si idonea causa superueniat testamẽti reuocandi; quotusquisque enim est, qui testamentũ condat eo animo, vt nolit illud reuocare, si expediuerit id facere? sed per iuramentum efficere studet, ne absque vrgenti causa a se testamentum reuocetur. Hæc inquàm eius mens est censenda, quia licet amplissimè concipiatur iuramentum, debet tamen semper subintelligi clausula, si modò aliquid noui non superueniat, quod idoneam reuocãdi causam præstet, quia a verisimili nimis alienum est, vt quis testamentum suum sic firmare cogitet, vt velit ipsum firmum manere, etiam si aliquid euenerit, propter quod iustè ipsi displiceat id, quod in eo disposuit obseruari, quod autem a verisimili alienum est, falsitatis imaginem babet, vt post Bal. Ias. Paris. & alios scribit Menoch. *de arbitr. iudic. casu* 885. *num.* 1. Becius *cons.* 101. *nume.* 47. Surd. *cons.* 135. *num.* 15. *&* 447. *num.* 16. *lib.* 3. Seraphin. *de priuileg. iur. priuileg.* 31. *num.* 13.

7 Huc pertinet quod scribit Bal. *in l. clari* 19. *C. de fideicom. vers. quod intelligendum est*, iuramentum scilicet intelligi, rebus in eodem statu manentibus, & cum Bal. sentiunt alij, de quibus Surd. *decis.* 3. *num.* 16. *& decis.* 289. *num.* 11. item docet Rota *decis.* 294. *num.* 2. *in nouissim.* Felin. *in c. constituens, num.* 3. *de rescript.* quod in casu nostro facilius admitti debet, quia si voluisset irreuocabiliter ius transferre per donationem inter viuos, id facere poterat.

8 Si ergo testator per huiusmodi inramentum noluit sibi adimere ius mutandi voluntatem, si noua causa superuenerit, nulla causa erat, cur voluerit ipsum habere vim clausulæ derogatoriæ ad eas dispositiones, quas existẽte iusta causa facturus erat, & propterea non erat, cur de clausula derogatoria cogitaret, cũ iam constituisset obseruare testamentum, quousque illius mutandi causa idonea superuenisset.

9 An autem lex aliquam vim, de qua agimus iuramento tribuerit, videamus. Vnicum autem allegant text. *in d. §. filius matrem*, qui neutiquàm id probat. Et primò, quia non loquitur de testamento testatoris iusiurando firmato, sed de fideicommisso, cum iusiurandi obtestatione relicto, vt indicant illa verba, *& fideicommissi religione præstari rogauerat*, & ibi notat Cuiac. *& in l.* 2. *C. commu. de legat.* velut etiam accidit in spetie, de qua habetur *in l.* 3. *ff. de iur. fisc.* vbi testator dixerat, vos rogo, vt in eo, quod a vobis petij fidem præstetis, perque Deum, vt faciatis, rogo.

Secundò, quia in hoc text. nihil aliud habetur, quàm videri repetitum a venientibus ab intestato fideicommissum, propter iusiurandi religionem, quod plurimum differt a re nostra, quia sic voluntatem testatoris interpretando, nihil inducitur, quod exitum voluntatis eius, vnquam impedire possit, sicut fit, cum iuramentum sic interpretamur, vt clausulam derogatoriam contineat, eius enim vis est secundum receptas traditiones, vt non satis sit condere testamentum secundum, nisi mutatæ voluntatis signa apparuerint, maximè cum huiusmodi clausulam ex iureiurando testatoris deducunt, vt mox tractabimus.

10 His accidit responsum hoc Papiniani esse, quod propterea nihil noui continet, igitur id, quod aduersarij allegant inducere nequit, cum nec natura iuramenti, aut voluntas testatoris sint satis, vt clausulam huiusmodi contineat.

11 Cum autem in iudicijs plurimum ponderis, præ nimia iudicum ignauia, habeant opiniones receptæ, etiam si euidenter falsæ sint, non inutile erit tractare, quemadmodum per secundum testamentum tollatur primum iuratum, quod variè a nostris exponitur, vt constat ex Socin. iun. *in d. l. si quis in principio, num.* 73. *vers. tuendo, & nu.* 74. *cum sequentib.* Couar. *in Rubr. de testam. par.* 2. *num.* 19. *quarta conclusione, vers. secundo infertur.* ex Gabr. *cons.* 114. *lib.* 1. & Seraph. *de priuileg. iur. priuileg.* 75. *nu.* 54. *cum sequentibus vsque ad finem.*

12 Qua in re illud extra controuersiam esse debet, testamentum iuratum per secundum semper reuocari, quotiescunque perfectum est, & apparet clarè de mente testatoris volentis discedere a primo testamento, vt optimè docet Gabr. *d. cons.* 114. *nu.* 9. Si enim pro forma esset, vt nominatim de iuramento fieret mentio, eueniret quandoque, vt testator oblitus huiusmodi inramenti re ipsa testamenti faciendi facultate careret, vtque testator sciens, volensque ritè testando non reuocaret primum testamentum, quod fieri per priuatos non potest, *l. nemo potest, de legat.* 1.

13 Hoc præmiſſo difficultas in eo conſiſtit, an clauſula derogatoria quæ poteſtate iuramenti introducitur, eodem modo tollatur, quo aliç clauſulæ derogatoriæ tolluntur, idque verius eſt.

Cum enim clauſularum derogatoriarum ea vis ſit ſecundum receptas concluſiones, vt ſecundum teſtamentum ſimulatũ prçſumatur, niſi appareant mutatç voluntatis ſigna aliundè, quam ex eo, quod ſecundum teſtamentum factum fuit, vt per Bart. *in l. ſi quis in principio, nu. 4. propè finem, verſ. cum enim*, & ibi Socin. iun. *num. 38. verſ. non obſtant*, & admittunt omnes, qui ſequuntur contrariam ſententiam vtique negari non poteſt, omnes illos modos, quos DD. aiunt, ſatis eſſe ad tollendam vim clauſularum derogatoriarum, ſatis eſſe ad oſtendendam mutationem voluntatis teſtatoris, & per conſequens ſatis eſſe debent in caſu etiam noſtro, quia ad tollendum teſtamentum iuratum, huiuſmodi voluntas ſatis eſt.

14 Nec obſtat in generali ſermone non contineri actus iuratos, quia reſpondeo, iuramentum, de quo agimus, non impedire teſtatorem iuſta ex cauſa teſtamentum reuocantem, vt ſuprà probaui; & ideò mala conſequentia eſt, teſtator reuocat teſtamentum iuratum, ergo periurus eſt, vt enim dicatur teſtatorem feciſſe contra iuramentum, oportet oſtendere ſine iuſta cauſa eum mutauiſſe teſtamentum; hancque ſententiam probauerunt auctores ſtatutorum patriæ meæ lib. 5. c. 35.

Libri Quarti Finis.

ANTONII MERENDAE
I. V. D. FOROLIVIENSIS
CONTROVERSIARVM IVRIS
LIBER QVINTVS.

De iurisdictione, & imperio mero, ac mixto ad l. Imperium, de iurisdict. omnium iudicum. *Cap. Primum.*

1 AMBIGVA est apud nouos, ac veteres interpretes quęstio de iurisdictione, imperio mero, ac mixto, vt constat ex eorum commētarijs *ad l. Imperium, de iuris. om. iud.* De eadem re luculēter egerunt Eguinar. Baro, Anto. Gouean. Franc. Duar. & alij, qui de iurisdictione cōmentarios euulgauerunt, eandem rem latè exponit D. Fachin. *contr. iur. lib. 9. c. . . .*

Ex his varias, multiplicesque opiniones licet expiscari; ego quid verius existimo, in medium proponam. *Iurisdictio, vt vel nomen ipsum indicat, nihil aliud est, quàm iurisdicendi facultas.* Iurisdicendi, idest explicandi, quid iuris sit in eo negotio, de quo disceptatur, quod cum ex ipso nomine notissimum sit, non immeritò Vlpian. *in l. Imperium, de iurisd. omn. indic.* exponens quid iurisdictio esset, illud omisit, & subintelligi voluit, dum dixit. *Iurisdictio etiam est iudicis dandi licentia.* Dictio enim etiam ostendit Vlpianum sentire aliud præter licentiam dandi iudicem, iurisdictionem esse. Et per consequens ostendit eum subintelligi voluisse illud ipsum, quod ego assero. Nihil enim aliud occurrit, quod ita commodè sermoni Vlp. adaptetur.

2 Neque enim audiendi sunt illi, qui putant I. C. his verbis exemplum mixti imperij proponere, vt enim omittam ius dādi iudicem non esse mixti imperij, vt probaui infrà c. 3. nimis obscurus, ne dicā ineptus sermo I. C. esset; quia cum plurimum differant iurisdictio, & imperium, quod mixtum est, vt infrà num. 11. non poterat commodè sub nomine iurisdictionis imperium cui inesse iurisdictionē dixerat, significare.

Neque his prodest, quod dicunt I. C. eo loci cōstituisse solum tractare de mero, ac mixto imperio, quia id possumus inficiari, cum non extet locus integer, ex quo lex huiusmodi desumpta est. Neque enim vllum incommodum erit dicere, I. C. proposuisse de iurisdictione, & imperio tractare, sed compilatores ea verba solum inseruisse, in quibus hęc declarantur, cuius coniecturæ vlm res ipsa ostendit, cum ex his, quæ dicturi sumus, verba I. C. etiam iurisdictionem explicent.

Præterea, quod nam incommodum erit dicere, I. C. qui dixerat, mixtum imperium esse, cui iurisdictio inest, ad rem melius explicandam, quid iurisdictio esset, exponere?

3 Iurisdictio igitur est iurisdicendi facultas, cumque iudices dati olim, formulam ab eo cui dabantur, acciperent, secundum quam omninò eos iudicare oportebat, vt constat ex Cic. *in Diuinatione, & actione 2. & 4. in Verrem,* & ex alijs locis, de quibus Duaren. *lib. 1. disput. c. 53.* Gouean. *in l. enim qui, ff. de iurisd. omn. iud.* Ant. Fab. *lib. 4. coniect. c. 7.* & clarissimus, ac præstantissimus antecessor D. Io. Antonius Bellonus *de mand. iurisd. c. 1. q. 6. num. 5. & 6. & c. 9. q. 2.* & alij passim, qua de causa Cic. *4. actione in Ver.* dixit. *Dubium non est, quin omnes omnium pecuniæ positæ sint in eorum potestate, qui iudicia dant.* Non est dubitandum iurisdictionem constitisse etiam in facultate iudicem dandi, quia dando iudicem cum formula, ius dicit, nam secundum ius in formula præscriptum iudex datus iudicabat, quod cum hodie non fiat, sublatæ enim sunt formulæ, & actionum impetrationes, *l. 1. & 2. C. de formul. sub.* vtique, qui iudicem dat, non dicit ius, sed alium, qui ius dicat, eligit; & sicut P. R. cum Præturam, aliosque magistratus cōcedebat, non dicebatur ius dicere, licet hæc munera, vt ius dicerent, darentur, ita nec hodie qui iudicem dat, ius dicere non possumus affirmare, cum nulla diuersitatis ratio occurrat.

4 Cum autem ius dicere nihil aliud sit, quàm ex-

ponere, quid ſecundum ll. fieri in ſpetie, de qua controuertitur oporteat, vtique iuriſdictio ſuaptè natura ius imperandi, vel coercendi non tribuit, & ideò non aliter iuſdicens hoc ius habet, quam ſi ei fuerit conceſſum, quod non obſcurè colligitur *ex l. fin. de off. eius.* dum ait. *Mandata iuriſdictione priuato, etiam imperium, quod non eſt merum videtur mandari, quia iuriſdictio ſine modica coercione nulla eſt*, nulla eſt, ideſt inutilis, quod tamen ſobriè intelligendum eſt, nam ad tuendam iuriſdictionem ſatis eſt, vt adſit aliquis, qui coercere eum poſſit, qui iuſdicenti non paret, etiamſi hac facultate careat is, qui ius dicit, ſobriè inquam accipiendũ eſt, ideſt ſecundum mores Pop. Romani, apud quem vnuſquiſque magiſtratus ſuam tuebatur iuriſdictionẽ, *l. vnica, in principio, ff. ſi quis iuſdicenti non obtemp.* Idem probatur *ex l. nec magiſtratibus 32. de iniur.* dum ait. *Quod ſi ex minoribus magiſtratibus erit, ideſt, qui ſine imperio, & poteſtate ſunt magiſtratus, & in ipſo magiſtratu poſſe eos conueniri.* Si enim ſine imperio ſunt vtique modicè, coercere nõ poſſunt, quia hæc facultas imperij mixti eſt.

5 Huius generis eſt iuriſdictio magiſtratuum municipalium, nam de his ita ſcriptum eſt, *Ea quæ magis imperij ſunt, quam iuriſdictionis magiſtratus municipalis facere non poteſt, l. ea quæ, ad municip.* Nec contrarium probatur ex eo, quod legitur, hoſce magiſtratus pignora capere, *ff. ad l. Aquil. l. quemadmodum 29. §. magiſtratus, quod imperij eſt, l. ſacrilegij 9. §. vlt. ff. ad l. Iul. pecul.* quia agitur ibidẽ de ea ſpetie, in qua ex l. particulari municipij pignora a magiſtratu municipali capiuntur, & ideò non eſt generaliter inferẽdum ad quoſcumque magiſtratus municipales, cum non ſit vbique eadem lex, vel ſimilis, nam hac exiſtente, non poteſt negari magiſtratum huiuſmodi non habere ſimplicem iuriſdictionem, quia ſimplicis iuriſdictionis termini non excedunt ius dicendi facultatem.

6 De imperio nunc agamus, ex cuius explicatione alia, quæ ad iuriſdictionem pertinent illuſtrabuntur. Imperium, vt ipſum nomen oſtendit, ſignificat ius imperandi, quod aliquibus perſonis lege, vel more competit, cuius generis ſunt Princeps, Magiſtratus, Pater, & Dominus, vt cæteros omittã. In hac quæſtione ſtrictè accipitur pro iure imperandi, vel a populo libero, vel a Principe quibuſdã perſonis conceſſo, qđ duplici ex cauſa, quo ad rẽ noſtrã fit, vel ad animaduertendũ in facinoroſos hoĩes, vel ad adiuuãdam, & perficiendam iuriſdictionẽ.

7 Adiuuãdæ iuriſdictionis cauſa imperium datur cũ iusdicenti datur ius coercendi eos, qui ei nõ parẽt, hoc enim ex vi imperij deducitur, & ſine imperio iusdicenti non competit *l. fin. ff. de off. eius.* Perficiendæ autem iuriſdictionis gratia conceditur, cum datur ei, qui iuſdicit, ius mittendi in poſſeſſionem, exequendi res iudicatas, hæc enim perficiunt iuriſdictionem, quia non alia de cauſa adiri iusdicens ſolet, quam vt quis ius ſuum conſequatur. Cum autem imperium adiuuandæ cauſa iuriſdictionis datur, vtique propter aliud datur, & per conſequens a ſua natura, quæ eſt cæteris antecellere, degenerat, & ideò hoc imperium non eſt merum *l. fin. ff. de off. eius.* ideſt non eſt purum imperium, quia qualitas, quam admixtam habet inſeruiendi iuriſdictioni, puritatem huiuſmodi auſert; nil mirum ergo ſi mixtum imperium appelletur, *l. Imperium, de iuriſd. omn. iud.* quia cum imperium purum ſupra ſe nihil habeat, quo ad rem noſtram, quoties dicimus imperium mixtum, dicimus imperium, quod a natiua nobilitate degenerat.

8 Cum verò ad animaduertendum in facinoroſos datur, vis imperandi per ſe datur, non autem propter iuriſdictionem, non enim alia de cauſa datur, quam vt is, qui illud obtinet, facinoroſos vi imperij parere cogat, & ideò merum imperium appellatur *d. l. Imperium*, ideſt ſeparatum ab omni qualitate, quæ eius detrahat nobilitati; De nomine ſatis; De re videamus.

9 Merum imperiũ eſt habere gladij poteſtatem ad animaduertendum in facinoroſos homines, *d. l. Imperium*, habere gladij poteſtatem, hoc eſt ius puniendi, gladius enim poteſtatem puniendi notat *cap. quæſitum 45. 23. quæſt. 4.* & ideò gladius huiuſmodi poteſtatis inſigne eſt; qua de cauſa D. Paul. ad Romanos 13. Chriſtianos hortans ad parendũ poteſtatibus, quia habent ius puniendi contumaces, ait, eos, qui poteſtatem habent fruſtra non ferre gladium, inſinuans eos ferre gladium, ad indicandam poteſtatem, quam habent in facinoroſos homines, non ſemel tamen animaduertere gladio accipitur pro genere mortis, quæ gladio infligitur *l. 8. §. 1. de pœn. l. ſolet, eod. tit. & alibi.*

10 Ideò autem iudicijs criminalibus imperium, non iuriſdictio verſatur, quia is, qui illa tractat non dicit ius, ſed inquirit factũ, an ſit reus criminis is, qui accuſatus eſt, neque enim ad iudicẽ ſpectat pœnam imponere. Audi I.C. *in l. aliud fraus 131. §. 1. de verb. ſignif. Et mulcta quidem ex arbitrio eius venit, qui mulctam dicit, pœna non irrogatur, niſi quæ quaque lege, vel quo alio iure ſpetialiter huic delicto impoſita eſt, quinimò mulcta ibi dicitur, vbi ſpetialiter pœna non eſt impoſita.* Et hæc eſt ratio cur non ſit prouocatio a pœna, *l. ſi qua pœna 244. ff. de verb. ſignif.* dum ait, *de pœna prouocatio non eſt ſimul, atque enim victus quis eſt eius maleficij, cuius pœna eſt ſtatuta, ſtatim ea debetur.* Quia tamen hæc res habet ſimilitudinem in aliquibus cum iuriſdictione, puta in cuſtodia mandanda, *l. 1. ff. de cuſt. reor.* in quæſtione adhibenda, *l. 1. ff. de quæſt.* & in extraordinarijs criminibus, *l. 3. ff. de crim. ſtellion.* non abſurdè nomen iuriſdictionis ad hęc iudicia refertur, quod fecit Papin. *in l. 1. ff. de off. eius*, a quo non diſcordat Pomp. *in l. 2. de orig. iur. §. deinde cum ærarium, & §. capta deinde Sardinia*, ibi, *ita decem.*

11 Itaque non rectè ſentiunt illi, qui docent iuriſdictionis latæ ſumptæ ſpetiem eſſe merum imperium, quia longè nimis diſtant inter ſe ius dicere, & imperio vti, quod, vt clarum ſit, meminiſſe debemus, & iuris dicendi facultatem, & imperium ex ea poteſtate deſcendere, quæ ſumma eſt in Principe, & ideò non alia ratione iuriſdictio, & imperium diſtingui poſſunt, quam ex diuerſitate modi, quo in Reip. adminiſtratione adhibentur; ergo nulla ratione imperium ſub iuriſdictione conſtitui poteſt, quia a iuriſdictione imperium in ratione adminiſtrandæ Reip. plurimum diſtat. Illa enim ſolum tribuit ius exponendi legum placita in controuerſijs ciuium, hoc verò ius tribuit imperandi

ciuibus

ciuibus, id quod ab eis fieri debere secundum ll. ac mores videbitur. Itaque merum imperium sub imperio, veluti sub genere proprio debet poni, hoc enim de mero imperio vniuocè dicitur, ficut etiam de mixto, de quo latius infrà.

12 Imperium ergo merum consistit in facultate animaduertẽdi in facinorosos homines. Non est itaque assentiendum Bart. & alijs, qui mero imperio aliqua ascribunt, quæ ad iudicia criminalia non spectant, cum enim Vlp. rem ex professò tractans dixerit. *Merum imperium esse habere gladij potestatem*, non licet aliud addere, nisi legis, aut vrgentis rationis anctoritate, quæ vtique hac in re non extat, quod enim dicunt aliqua reperiri, quæ nec iurisdictionis sunt, nec imperij, quod non est merum, non arguit propterea ea meri imperij esse, vt osten di infra c. seq. num. 11.

13 Ne putes tamen eum, qui merum imperium habet, omnem habere potestatem circa iudicia criminalia, nam Præsides, qui merum imperium habent *l. illicitas, §. qui vniuersas, l. ex omnibus, cum duabus seqq. ff. de off. præsid.* deportare nõ possunt, *l. 2. §. 1. de pœn. l. 6. ff. de interd. & releg.* itaque vt quis merum imperium habeat, satis est, vt habeat ius animaduertendi aliquo modo in facinorosos; sicut satis est, vt quis particeps sit mixti imperij, vt possit aliquid ex ijs, quæ ad mixtum imperium pertinent, facere.

14 Cum autem alicui merum imperium tribuitur, an vsum eius acquirat, an proprietatem disputauerunt Lotharius, & Azo vetustissimi legum nostrarum interpretes, ille aiebat solum vsum, hic verò proprietatem eum consequi contendebat, quæ opinio nostris magis placuit. vide DD. *in d. l. Imperium, & in l. 1. ff. de off. eius.* vbi Io. Bolog. *a num. 53.* Alfan. *a num. 54.* D. Massinius *a num. 243.* Alciat. *lib. 2. Paradox. c. 6.* Bellon. *lib. 1. Supputat. c. 1.*

Lotharij sententiam probo. Cum enim Princeps, qui imperium concedit, non abdicet a se ius illud exercendi, nec ita acquiratur ei, cui datur, vt non liceat Principi ad libitum illud ei adimere, nõ possumus verè, & propriè dicere eius imperium esse, qui illud exercet, sed solum analogicè, quia ei exercendi potestatem habet, neque enim hæc insimul consistunt, vt quis imperij proprietatem habeat, & vt liceat Principi ad libitum illud ei auferre, quod enim nostrũ est, sine facto nostro nobis auferri non potest, cuius rationis vim quisque facilè intelliget, si sibi ante oculos posuerit magistratum habentem merum imperium, & vasallum, cui id ipsum fuerit concessum, dum enim secum ipse indagabit rationem, cur illi possit ad libitum auferri, huic verò nequaquàm, nullam aliam inueniet, quàm, quia magistratui precario imperium datum fuit, idest quousque Principi placuerit. Vasallo verò, quia ita datum fuit, vt imperium eius proprium fieret, & desineret concedentis esse, magistratui denique ita datum fuisse intelliget, vt illo tanquam minister Principis vtatur. Vasallo verò, vt velut in re propria circa huiusmodi imperium versetur.

15 Et ex his argumenta ex aduersò allata dissoluuntur, omnia enim quæ de magistratibus dicuntur sobriè intelligi debent, idest secũdum magistratus naturam, quæ cum eiusmodi sit, vt Principis, popu livè ministri sint, nihil habent, quod ministerio huiusmodi acceptum non ferant, & ideò nihil habẽt, quod verè, & propriè dici possit eorum, esse proprium; minister enim lõgè distat ab eo, qui rei proprietatem habet. Et hanc eandem Lotharij sententiam etiam defendit clarissimus I. C. D. Ioannes Antonius Bellon. *de mand. iurisdictione. c. 8. quæst. 6. num. 112.*

De eadem materia. Cap. II.

1 DE mixto imperio nunc agendum est, de quo loquens Vlpian. *in l. Imperium*, ait. *Mixtum imperium est, cui iurisdictio inest, quod in danda bonorum possessione consistit.* quibus verbis I. C. voluit explicare quid mixtum imperium sit, sed voluit solum indicare quod nam sit imperium, quod mixtum appellatur. Idem enim est ac si dixisset. Mixtum imperium est illud, cui iurisdictio inest; ideò autem nõ explicauit quid mixtum imperium sit, quia statim intelligebatur quid nam esset. Cum enim cognoscitur mixtum imperium esse illud, quod cum iurisdictione cõceditur, illicò intelligimus, mixtum imperium esse potestatem imperandi concessam iusdicenti adiuuandæ, & perficiendæ eius iurisdictionis causa. Neque enim quando cum iurisdictio ne imperium conceditur alia de causa datur, quam propter iurisdictionem.

2 Cum ergo imperium hoc, habenti iurisdictionẽ, concedatur, non est aliquid ex iurisdictione consectum, vt docuerunt gloss. 1. *in l. iubere, ff. de iurisdictione omnium iud.* Bart. *in l. Imperium, num. 14.* & alij de quibus D. Bellonus *de mand. iurisd. cap. 8. q. 6. num. 12. & num. 20. in fine, & 21.* sed quid, quod iurisdictioni cohæret, vt loquitur Paul. *in l. 1. in fine, ff. de offic. eius.* Neque res, si acutè inspiciatur, aliter potest se habere, non enim potest iurisdictio cum imperio misceri, vel confundi, quia solo intellectu intelligimus iurisdictionẽ, & imperiũ; & per consequens mixtionẽ hanc nequeũt admittere, quia mixtio ad corpora pertinet, *l. rerum mixtura, de acq. rer. dom.* non ad res, quas solo intellectu percipimus, quia hæ verè non sunt.

3 Eoque facilius Bart. & sequacium opinio reijci debet, quod ad rem hanc illustrandam non conducit, immò tenebras tantas inijcit, Metaphisicas enim considerationes introducit, vt nequeant studiosi se explicare. Econtra verò explicatio quam nos afferimus rem planissimè, &, vt dici solet, digito ostendit. Dicimus enim eos, qui iusdicunt, non habere ex vi iurisdictionis ius contumaces coercendi, nec res iudicatas exequendi, sed quia iurisdictio tunc debilis nimis esset, & imperfecta, meritò imperium, quo hæc fiunt, iusdicenti fuisse communicatum, quod factum est, vt præter potestatem iusdicendi, habeat etiam potestatem exercendi imperij, quæ cum sint diuersarum rerum effectrices, duæ sunt, & diuersæ, non vna eademque potestas, quarum tamen altera, cum in gratiam alterius fuerit concessa, scilicet imperium, meritò dicimus, ipsum iurisdictioni cohærere, idest præstò esse, & suppetias ferre.

4 Neque aduersarijs fauet Vlpin. cum ait, mixt

imperio iuriſdictionẽ ineſſe, quia ſi hæc verba ſecundum corticem, & vt ita loquar materialiter accipiantur, Vlp. aduerſatur Paul. *in l. 1. in fine, ff. de off. eius*, dum ait. *Et imperium, quod iuriſdictioni cohæret, mandata iuriſdictione tranſire verius eſt*. Materialiter enim, ſeu naturaliter loquendo, impoſſibile eſt, vt imperio, quod iuriſdictioni cohæret, ipſa iuriſdictio inſit, aduerſatur, quod magis eſt, res ipſa, quia impoſſibile eſt, vt imperio inſit iuriſdictio ſic loquendo, quia hęres ſolo intellectu percipiuntur, cum non exiſtant.

5 Quod ergo dicit Vlpian. iuriſdictionem imperio ineſſe, ciuiliter, & vt materia fert, inteligendum eſt eo modo quo accipitur ab Vlp. *in l. iuriſgẽtium, §. quinimò, & §. ſeq. ff. de pact.* dũ dixit pacta conuenta ineſſe bonæ fidei iudicijs, quo ſermone etiã vtitur Paul. *in l. 3. de reſcind. vend.* Eodem modo loquitur idem Vlp. dum *in l. hoc iure vtimur 152. de reg. iur.* ait. *In contractibus, quibus doli præſtatio, vel bona fides ineſt, hæres inſolidum tenetur*. Sic etiam accipitur *in l. ſemper 147. de reg. iur.* dum I.C. ait. *Semper ſpetialia generalibus inſunt*. Ciuiliter autem verbum iſtud accipiendo, ſignificabit, mixtum imperium regulam ab ipſa iuriſdictione accipere quemadmodum pacta conuenta dicuntur bonæ fidei iudicijs ineſſe, quia huiuſmodi iudicia, ſecundum id, quod in pactis continetur, iudex regulatur, quod aptiſſimè de imperio mixto dicitur. Cũ enim propter iuridiſctionẽ detur, eius nempè adiuuandæ, & perficiendæ gratia, ab ea moderamen accipit, vt ſcilicet pro modo iuriſdictionis imperio vtatur is, cui hac de cauſa fuit datum.

6 Imperium ergo eſt poteſtas imperandi iuſdicenti conceſſa, adiuuandæ, & perficiendæ eius iuriſdictionis gratia, ex quo intelligimus, merum, mixtumque imperium ſub eodem genere cõſtitui, ideſt ſub imperio, de vtroque enim prædicatur in eo, quod quid eſt, quia merum, & mixtum imperium nihil aliud ſunt, quam ius imperandi quibuſdã perſonis, more, vel lege competens, in eo tamen diſſerunt, quod merum imperium datur ad animaduertendum in facinoroſos, mixtum verò ad adiuuandam, & perficiendam iuriſdictionem.

7 An verò hęc differẽtia in ſpeties diuerſas merũ, ac mixtum imperium diuidat, videamus. Res ex eo pendet, an diuerſus modus imperandi hic adſit, cũ enim eſſentia imperij in iure imperãdi conſiſtat, nõ alia ratione diuerſę ſpeties imperij cõſtitui poſſunt quã ex diuerſitate modi, quo imperium exercetur. Hęc autem diuerſitas, vel oritur extrinſecus ex parte materiæ, circa quam imperium verſatur, vel intrinſecè ineſt imperio, hoc eſt ipſummet imperium hanc parit diuerſitatem.

Diuerſitas autem ex materia oriens, licet munera, & officia diſtinguat, non tamen debet imperij ſpeties conſtituere, alias infinitæ propemodum erunt: itaque ex eo, quod merum imperium circa crimina, mixtum circa cauſas pecuniarias verſatur, non ſunt diſtinguenda.

8 Videamus nunc an adſit diuerſitas intrinſecus oriens, quod non puto, vtrumque enim, quatenus imperium eſt, habet ius imperandi aliquibus perſonis eodem modo, ideſt pro modo poteſtatis conceſſæ, neque enim maior, vel minor poteſtas facit diſferre, quò ad rem noſtram imperium ab imperio, quia alias in infinitas ſpeties ferè ſecaretur imperium.

9 Nõ ſunt ergo merũ, ac mixtum imperium ſpeties diuerſæ imperij, ſed gradus diuerſi illius imperij, ex quo omnis poteſtas deducitur illius, ſcilicet, quod in Principe reperitur. Ideoque ſi alicui concedatur ſummum ius, vt olim fuit conceſſum Conſulibus, Dictatoribus, & ijs, qui in Prouincias mittebantur, *l. 2. §. exactis deinde Regibus, & §. aucto deinde, ff. de orig. iur. l. vnica, ff. de offic. præfecti præt. Nouella 24. in probem. & Nouella 25. in principio*, non ſatis commodè de eius poteſtate loquẽdo, vſurpabimus hæc nomina merum, ac mixtum imperium, quemadmodũ de Principe agentes ab his vocibus abſtinemus; huius generis ſunt illi, quibus Iuſtin. Nouell. 102. in principio ſummam poteſtatem ſe tribuiſſe profitetur, ſcilicet Prætor Piſidiæ, Lycaniæ, Tracię, *vt in Nouell. 24. 25. 26. Proconſul Capadociæ, Comes Iſauriæ, & Pacatianæ Phrigiæ, ac Tertiæ Armeniæ, vt in Nouell. 27. 30. 31. c. 3.*

10 Poteſtas Principis, vt rem clarius explicem, vi ſua cuncta complectitur, quæ expedire circa ſubditorum res, perſonaſque oportet. Itaque cum Princeps animaduertit in facinoroſos homines, vel rem iudicatã exequi iubet, aut aliquid aliud facit, quod mixto imperio aſcribere ſolemus, non dicitur mero, ac mixto imperio vti, quia hæc facit, non quia merum, ac mixtum imperium habeat, ſed quia poteſtatem habet ſummam expediendi omnia, quæ circa res, & perſonas ſubditorum incidunt. Ponamus Principem portionem huius poteſtatis, quæ prętер ius animaduertendi in facinoroſos homines, & expediendi pecuniarias cauſas, alia, eaque maiora faciendi ius tribuat, alicui dare, vtique verum erit, eum de quo agimus vti poſſe gladio, & exequi res iudicatas, non ex mero, aut mixto imperio, ſed ex eo iure, quod ſupra merum, mixtumque imperium eſt. Eo modo igitur, quo Princeps, quia vtitur poteſtate maiori, non dicitur mero, ac mixto imperio vti, is de quo agimus non debet dici mero, ac mixto imperio vti, cum ea facit, quæ meri, mixtique imperij eſſe dicere ſolemus.

11 Cum igitur ſint gradus eius imperij, quod Princeps habet merum, ac mixtum imperium, euidenter falſa eſt eorum ratiocinatio, qui dicunt hoc eſt imperij. Igitur vel meri, vel mixti eſt. Nam huiuſmodi imperij plures gradus ſunt, cum plura ſint rerum genera, circa quas imperium Principis verſaſatur, veluti in re militari, in rerum publicarum tractatione, in moribus ſubditorum corrigendis, vt cętera prætercam, hæc enim ſatis incommodè ad merum imperium referuntur, cum Vlp. quid merum imperium ſit, exponens, dicat, illud eſſe poteſtatem animaduertendi in facinoroſos. Iure enim reprehenderetur, quòd hæc prætermiſerit, quæ non minoris ponderis ſunt, quam ſit facultas malos puniendi, ſi ea ad merum imperium pertinere exiſtimabat; huc etiam referri debet id, quod habetur *in l. 3. §. fin. & in l. 4. de arbitr. in l. fin. ff. ne quid in loco publico*.

12 Sed ad Vlp. reuertamur. Poſtquàm dixit mixtũ imperium eſſe, cui iuriſdictio ineſt, rem exẽplo declarans, ait, *quod in danda bonorum poſſeſſione conſiſtit*,

ſtit, quod pro quale accipit, prout etiam alij linguæ latinæ auctores non ſemel ſecerunt, vt ſit ſenſus. Mixtum imperium eſt, cui iuriſdictio ineſt, quale eſt illud, quod in danda bonorum poſſeſſione conſiſtit; ideò autem in bonorum poſſeſſione danda mixtum imperium conſiſtit, quia non poteſt quis bonorum poſſeſſionem a prætore obtinere, niſi expulſo eo, qui rē poſſidet, quod vt fieri poſſit imperio eſt opus; & licet quandoque poſſeſſor ſponte poſſeſſione cedat, non propterea dici poteſt prætorem, dando bonorum poſſeſſionem, non fuiſſe vſum imperio, quia cum decernit, aliquem mitti in poſſeſſionē, vtique decernit, eum qui poſſidet eapelli, & per conſequens verum eſt, prætorem dum bonorum poſſeſſionem dat, imperio vti, quod non eſt merum, licet non ſemper neceſsè ſit, vti imperio aduerſus eum, qui bona poſſidet.

13 Itaque cauendum eſt a Goueano *in l. Imperium, num. 34. ff. de iuriſd. omn. iud.* vbi Longouall. *nu. 57. 70. & 123.* & ab Ant. Fabro *lib. 4. c. 4.* qui negant, in bonorum poſſeſſione danda verſari imperium, quod non eſt merum, aduerſus quos diſputant D. Facbin. *lib. 9. c. 95.* D. Maſſin. *ad l. vltimā, C. qui admitti.* Alex. Turamin. *Epiſt. Academ.* 140. lo. Ant. Bellon. *de mand. iuriſdict. cap.* 8. 9. 10. vbi alios recenſet.

De poteſtate dandi iudicem, an ſit mixti imperij, & cui competat ad l. cum prætor 12. de iudicijs. *Cap. III.*

1 IVdicem dare poſſunt, quibus hoc lege, vel conſtitutione, vel S.C. conceditur; lege ſicut Proconſul. Is quoque, cui mādata eſt iuriſdictio iudicem dare poteſt, vt ſunt legati Proconſulum. Item ij, quibus id more conceſſum eſt propter vim imperij, ſicut Præfectus vrbi, cæterique Romę magiſtratus. Sunt verba *l. cum prætor 12. ff. de iud.* ex quibus, ni fallor, manifeſtè colligitur, ius dandi iudicem, nec iuriſdictionis eſſe, nec mixti imperij.

2 Non iuriſdictionis, quia neceſsè non fuiſſet, vt id lege, conſtitutione, S.C. vel more cōcederetur, quia omnes illi, quibus conceſſum fuit dare iudicē, iuriſdicendi ius habebant. Non imperij, quod mixtum eſt, quia non oportuiſſet, hoc ius tribui magiſtratib. vrbanis, more, propter vim imperij, hoc eſt propter maieſtatem imperij, cui nō videbatur conuenire eos de priuatis cauſis cognoſcere, nam ipſis cum primum creati fuerunt, iuriſdictio, cum imperio fuit conceſſa *l. 2. ff. de in ius voc. l. 1. ff. de off. præfec. vrb.* & eaploratum eſt. Non fuiſſet etiā neceſsè, vt lege Proconſuli facultas dandi iudicē permitteretur, quia conſtat cum imperio mitti eū cōſueuiſſe in Prouinciā, *l. ſolent 6. ff. de off. procōſul.*

3 His tamen reluctari videtur Vlp. *in l. Imperium, ff. de iuriſd. om. ind.* dum ait. *Mixtum imperium eſt, cui iuriſdictio ineſt, quod in danda bonorum poſſeſſione conſiſtit. Iuriſdictio eſt etiam iudicis dandi licentia.* Ea hoc enim loco alij contenderunt probare iuriſdictionis ſimplicis eſſe dare iudicem; eo verò alij vtuntur, ad oſtendendum id miati imperij eſſe, vt luculenter eaponunt D. Io. Ant. Bellon. *in diſputatione de mand. iuriſd. c. 8. q. 8. a num. 3.* Turam. *Epiſt. Academ. 8.*

Qui aiunt hoc iuriſdictionis eſſe, dicunt hoc loco I. C. agere de ſimplici iuriſdictione, & proindè ea vi iuriſdictionis deſcendere ius dandi iudicem, cum dicat I. C. iuriſdictionem eſſe iudicis dandi licentiam. Qui verò ad mixtum imperium id referunt, dicunt, eum miati imperij exemplum his verbis proponere; quibus ne aſſeotiam illud efficit, quod nimis obſcurus, ne dicam ineptus ſermo Vlpian. qui alioquin dilucidè, & eleganter ſcribere ſolet, redderetur. Si enim iudicis dandi licentiam, velut exemplum mixti imperij recenſet, cur ait iuriſdictio eſt etiam iudicis dandi licentia? Cur inquam ita loquitur, cum iuriſdictio, & imperium toto cœlo differant, & facilius, adde, & elegantius, poſſet ſuam exprimere ſententiam iuriſdictionis mentione omiſſa?

4 Agit ergo I. C. ibi de iuriſdictione, ſed non aſſerit id, quod aduerſarij volunt, ſolum enim ait iuriſdictionem etiā eſſe iudicis dandi licentiam, hoc eſt iuriſdictionem conſiſtere non ſolum in iure dicendo, ſed etiam in iudice dando, quod nō pertinet ad rem noſtram; quia aliud eſt iuriſdictionem conſiſtere etiam in iudice dando, aliud ea vi iuriſdictionis iudicem dari poſſe.

5 Iudicis ergo dandi licentia non oritur ex vi iuriſdictionis, vel imperij, ſed ex conceſſione particulariter aliquibus iuſdicentibus facta, aliquibus inquām, quia conſtat olim non fuiſſe id omnibus permiſſum, *d. l. cum prætor, & l. penult. de iudic.* Inter quos magiſtratus municipales non fuiſſe, non videtur dubitandum, cum nulla eatet lea, quæ id eis doceat, fuiſſe conceſſum.

6 An verò is, cui mandata fuerat iuriſdictio iudicē dare poſſet, maior dubitatio eſt. vide Coraſ. *in l. eum qui 13. de iuriſd. omn. ind.* Gouean. & Cuiac. *ad l. 1. ff. de iuriſd.* Alciat. *lib. 2. Paradox. c. 5.* & alios plurimos apud Bellon. *de mand. iuriſd. c. 5. q. 3.* vbi de hac re diligentiſſimè tractat.

Pendet hæc dubitatio *ex l. cum prætor 12. de iudic.* dum ait. *Is quoque, cui mandata eſt iuriſdictio iudicem dare poteſt, vt ſunt legati proconſulum.* Qui aiunt eum cui mandata eſt iuriſdictio potuiſſe dare iudicem, vrgent illa verba. *Is quoque cui mandata eſt iuriſdictio, iudicem dare poteſt.* Ineptus etenim eſſet ſermo I. C. ſi ad eum ſolum reſtringeretur, de quo ibi fit mentio, ſcilicet ad legatum proconſulis, neque enim per modum regulæ aliquid rectè affirmatur, quod in vna tantum ſpetie verificatur *l. 1. de reg. iur.* Qui verò contrariam ſententiam propugnat, aiunt I. C. non ſatis prudenter propoſuiſſe eaemplum legati proconſulis, ſi de omnibus cui mandata fuerat iuriſdictio, intelligebat, quia legatus hac in re cæteris præſtat, vt conſtat *ex l. 6. §. 1. & l. legati 13. de offic. procon. & leg.* hoc verum eſſe indicare videtur tex. *in l. legatus 12. eod. tit.* dum ait. *Legatus, mandata ſibi iuriſdictione iudicis dandi ius habet.* Neque enim vlla dubitandi ratio occurrebat circa legatum procōſulis, ſi regulare fuiſſet, vt is, cui iuriſdictio mādatur, iudicem dare poſſet.

7 Huiuſce dubitationis reſolutio ex dictis pendet; nam cum iuriſdictionis, immò miati imperij non ſit tanta vis, vt poſſit magiſtratui, vel eis, qui poteſtatem habent, dare iudicis dandi licentiam, multò minus delegatio id efficere poterit; nam multò

minor

minor eſt vis iuriſdictionis mandatę,quam ſit eius, quæ iure proprio competit, *l. 1. §. qui mandatam, ff. de offic. eius.* & exploratum eſt. Itaque non eſt admittendum eum, cui iuriſdictio mandata fuit, iudicem dare poſſe, niſi lege aliqua particulari id fuiſſe conceſſum oſtendatur, quod vtique *ex d. l. cum prætor,* nullo modo deduci poteſt; nam in ea parte, in qua I.C. prædicta verba ſcripſit, loquitur ſolum de illis, qui ſunt in Prouincijs; de magiſtratibus enim vrbanis paulò poſt tractat, dum ait. *Item ij, quibus more id conceſſum fuit propter vim imperij, ſicut Præfectus vrbi, cæterique Romæ magiſtratus;* hinc enim ſequitur eum agere de illis, quibus mandata fuit iuriſdictio in Prouincia; quod etiam exẽplum legari Proconſulis indicat, & ideò non eſt trahendus ſermo eius ad illos, quibus in vrbe iuriſdictio mandatur.

8 Neque etiam in Prouincijs id indiſtinctè admitti debet, quoniam ſcriptum eſt, eum qui iudicare iubet, magiſtratum eſſe oportet, *l. eum qui, ff. de iuriſd. om. indic.* Nam cum iuriſdictio maodari poſſit priuato, *l. fin. ff. de offic. eius.* non omnis delegatus in magiſtratu eſt, & licet vices eius, qui mandauit gerat, non tamen magiſtratus eſt, vel poteſtatẽ ipſe habet, quia fungitur vice eius, qui mandauit, non ſua, *l. ſolet, ff. de iuriſd. omn. indic.* propterea ſi ipſe iudicem daret, non verificarentur illa verba, eum qui iudicare iubet magiſtratum eſſe oportet, nam aliud eſt eſſe magiſtratum, aliud vices magiſtratus gerere.

9 His accedit I. C. dum explicat id, quod dixerat, eum qui iudicare iubet, oportere magiſtratum eſſe, inquit. *Magiſtratus autem, aut is, qui in poteſtate aliqua ſit, vt puta Proconſul, aut Prætor, vel alij, qui Prouincias regunt iudicare iubere eo die, quo priuati futuri eſſent non poſſunt.* Hinc enim intelligis, quemadmodum in hac re magiſtratus accipiatur, quò ad eos, qui in Prouincijs ſunt, pro eo ſcilicet, qui in aliqua ſit poteſtate, ita vt priuati hominis conditionem excesſerit, cuiuſmodi non eſt is, de quo agimus.

10 Nec refragantur verba *d. l. cum prætor,* dum ait. *Is quoque, cui mandata eſt iuriſdictio iudicem dare poteſt, vt ſunt legati proconſulum.* Quia animaduertere oportet moris fuiſſe, vt proconſul, cum primum Prouinciam ingreſſus fuerat, legatis mandaret iuriſdictionem, *l. 4. §. fin. ff. de off. proconſ.* quo facto iuriſdictionem propriam habere legatus incipiebat, & ideò inconſulto Principe non debebat proconſul ei illam auferre, *l. 6. §. 1. & l. legati 13. de off. proconſ.* propterea I. C. qui de proconſule tractabat aptiſſimè eius legatum expreſſit, illis verbis, *Is quoque, cui iuriſdictio mandata eſt;* per excellentiam ſcilicet eo modo, quo iuris ciuilis appellatione de Romano intelligimus, *§ ſed ius quidem ciuile, Inſtit. de iure natur.* quod tamen voluit diſertis verbis deinde explicare, ne aliquam errandi occaſionem præberet, voluit inquam illis verbis explicare, *vt ſunt legati proconſulis,* quæ hunc habent ſenſum, cuiuſmodi ſunt legati proconſulis, quæ interpretatio eo facilius eſt retinenda, quia cum exempla declarent regulam, non rectè I. C. legati proconſulum mentionem feciſſet, proponendo huiuſmodi exemplum, quo non erat opus ad rem intelligendam, quia particulares quædam circunſtantiæ in legato proconſulis concurrebant, propter quas meritò de alijs, quibus iuriſdictio mandata fuerat, dubitari poterat, an ſub regula continerentur, præter ea enim, quæ ſuprà recenſui, illud accidit, quod ipſe poteſtatem habebat, & priuati hominis fines excedebat, quod non contingit in omnibus, quibus mandabatur iuriſdictio.

11 Et ex his facilè intelligimus, quid in hac dubitatione ſentiendum ſit, nempè non extare vllum idoneum teſtem, qui valeat nobis fidem facere, olim ſpetialiter fuiſſe conceſſum illis, quibus mãdata fuerat iuriſdictio, iudicem dare, excepto legato proconſulis. Puto tamen ſi fortè alicui, qui magiſtratus eſſet, vel poteſtatem haberet, iuriſdictio fuiſſet mandata, potuiſſe iudicem dare, ſi modo ex illis erat, qui iudicem darent, non quidem ex vi mandatæ iuriſdictionis, ſed iure ſuo.

12 Legum tamen veterum ſanctio hac in parte immutata fuit, circa eos qui cum imperio in prouincijs ſũt ab Impp. Diocletiano, & Maximiano, quorum conſtitutio extat *C. de pedan. indic. l. 2.* in hæc verba. *Placet nobis Pręſides de his cauſis in quibus, quod ipſi non poſſent cognoſcere, ante hac iudices pedaneos dabant, notionis ſuæ examen adhibere, ita tamen, vt ſi propter occupationes publicas, vel propter cauſarum multitudinem omnia huiuſmodi negotia non potuerint cognoſcere, iudices dandi habeant poteſtatem.*

Ex his verbis primò, intelligimus præſidibus fuiſſe datam facultatem cognoſcendi cauſas, in quibus olim iudices dare debebant. Secundò debere huiuſmodi cauſas ab ipſiſmet cognoſci præſidibus. Tertiò iudices dandi licentiam præſides habere, ſi propter occupationes publicas, vel propter multitudinem negotiorum omnes cauſas non poterint expedire.

Ergo manifeſtum eſt, nulli in Prouincijs relictã fuiſſe facultatem iudicis dandi indiſtinctè, abſurdum enim eſſet, ei, cui in adminiſtranda Prouincia primus locus competit, nam pręſidis appellatio generalis eſt, continetque omnes Prouinciam gerentes, *l. 1. ff. de off. præſidis,* poteſtatem auferri, & eis, qui ei ſubſunt relinqui?

13 Hæc tamen conſtitutio diſplicuit Iuliano Imperatori, qui illam, edita lege aboleuit, quæ ſub eodẽ titulo extat, *l. fin.* his verbis concepta. *Quædam ſunt negotia, in quibus ſuperfluum eſt moderatorem expectare Prouinciæ, ideoque pedaneos iudices hoc eſt, qui negotia humiliora diſceptant, conſtituendi præſidibus damus poteſtatem.* Hac enim lege factum eſt, vt indiſtinctè præſides poſſint dare iudicem, prout ante legem Deoclet. & Maximiani faciebant.

14 Non tamen huiuſmodi poteſtas illis reſtituta fuit, qui præſidum nomine non continentur, ſi fortè aliquis eorum ius dandi iudices habebat olim, quia quod in fauorem præſidum fuit conceſſum, in conſequentiam alijs non licet trahere, *l. 1. ff. de conſt. Princ.* Præſidum autem appellatio ad legatũ proconſulis referri poſſe indicant *l. ſępe 8. & l. ſeq. ff. de off. præſid.* & ideò magiſtratus municipales, & eos, quibus in Prouincijs iuriſdictio mandatur, excepto legato proconſulis (eſto quod ex veteri iure haberent ius dandi iudicem) nequaquam poterunt

iure

iure nouo iudicem dare; neque enim vlla extat lex, quæ huiusmodi facultatem illis restitueret. Nam quod legitur *in l. fin. C. de iudic. in l. vnica, C. qui pro sua iurisd. in l. fin. C. vbi, & apud quem.* ideò nõ pertinet ad rem nostram, quia his in locis non agitur, de his, qui iudicem dare possint, sed aliud exponunt, & ideò cum mentionem de iudicibus datis faciunt, existimare debemus ab illis datos fuisse, qui ius dandi habent; cum enim de aliqua re tractamus, in cæteris terminos habiles ponimus, maximè cum agitur de correctione alicuius legis, neque enim obiter, & obscurè leges veteres corriguntur.

Et ex his multæ dubitationes, quas nostri circa hanc rem excitant, tolluntur, de quibus si plura scire cupis consule DD. *in Rubr. ff. de off. eius, cui mãd. est iurisd. in l. more, ff. de iurisd. omn. iudic.* & alijs plurimis in locis, de quibus Bellonus *de mand. iurisd. c. 5. q. 4.* Non omitto autem iudicem datum a Principe hanc potestatem habere, *l. a iudice 5. C. de iudicijs, l. vnica, C. qui pro sua iurisdict.*

De his, quæ magistratus alijs mandare possunt ad l. 1. ff. de offic. eius, cui mand. est iurisd.

Cap. IIII.

1 *QVætunque spetialiter lege, vel S.C. vel constitutione Principũ tribuuntur, mandata iurisdictione non transferuntur, quæ verò iure magistratus competunt, mandari possunt.* Sunt verba Papiniani *in l. 1. ff. de off. eius, cui mand. est iurisd.*

Ad perfectam huius rei notitiam præmitto, potestatem, quam magistratus habet esse portionem eius potestatis, quam is habet, qui magistratũ constituit, & conseruat, eumque quicquid agit, veluti ministrum facere, & proindè rem propriè explicando, non possumus dicere magistratum habere potestatem quæ eius propria sit, longè enim distat, posse aliquid facere iure suo, vel vti alterius ministrum, quapropter quod dicitur *in l. more, ff. de iurisd. omn. iudic. More maiorum ita comparatum est, vt is demum iurisdictionẽ mandare possit, qui eam suo iure, non alieno beneficio haberet.* Intelligendum est, non simpliciter, sed comparatiuè eum eo, cui iurisdictio mandata fuit, eum enim vice eius, qui mandauit, fungatur, *l. solet 16. ff. de iurisdictione omn. iudic.* quicquid facit, nomine eius, qui mandauit, facit, & ideò nihil proprij habet, *l. 1. §. qui mandatum, de officio eius*, cum tamen magistratus omnia suo nomine expediant, tex. aũt *in d. l. more maiorum*, de delegato agere indicat clarè lex, quę sequitur, sermonem enim continuans exponit vim mandatæ iurisdictionis.

2 Secundò præmitto magistratum Principis, vel populi liberi auctoritate cõstitui lege lata, quæ magistratus munus explicet, idque P. Rom. primum, deindè Impp. obseruauerunt, vt constare potest *ex l. 2. de orig. iuris, ex l. vnica, ff. de offic. præfect. prætor. ex l. 3. de offic. præfect. vigil.* vt alios similes locos, cuique obuios, prętercam, itaque lege habere aucto ritatem omnem magistratum nõ est dubitandum, illa scilicet, quæ magistratum constituit.

3 Tertiò præmitto aliqua magistratibus ex vi ipsius magistratus competere, vt non sit necessè illa exprimere nominatim, ea scilicet, quæ necessaria sunt, vt possit munere suo vti, *nam cui iurisdictio data est, ea quoque concessa videntur, sine quibus iurisdictio explicari non potuit* ait I. C. *in l. 2. ff. de iurisdictione omn. iud.* Cumque varia sint magistratuum munera, vtique singuli magistratus aliqua particulariter desiderant, vt munere suo fungi possint, ergo omnes magistratus aliqua spetialia habent, quæ eis iure magistratus competũt, nihil enim est, quod æquè propriè iure magistratus competant, quam ea, de quibus agimus, ergo mala est veterum interpretum ratiocinatio, qua plerunque vtuntur, si iure magistratus competeret, omnibus magistratibus competeret, nõ competit omnibus magistratibus,

4 ergo iure magistratus non competit. Insuper cum ex ijs, quæ necessaria sunt, vt magistratus munere suo fungi possit, quæ Princeps ei, qui non est in magistratu, concedere potest, vtique non videtur concludens hæc ratiocinatio. Priuato hoc concedi potest, ergo iure magistratus non competit.

5 His expositis verba Papin. expendamus. *Quæcunque spetialiter lege, vel S.C. vel constitutione Principum tribuuntur, mandata iurisdictione non transferuntur*, intelligit de illis, quæ vt magistratus facere possit spetiali cõcessione opus fuit, vt verba sequentia demõstrant, ait enim. *Et ideò videntur errare magistratus, qui cum publici iuris habeant exercitionem lege, vel S.C. delegatam, veluti l. Iuliæ, de adulterijs, & si quæ sunt aliæ similes, iurisdictionem suam mandant.* Si enim ex illis iudicijs essent, quæ ex vi muneris iniuncti ad magistratus cognitionem pertinerent, vtique non fuisset, cur ijs spetialiter lege, vel S. C. eorum exercitio ipsis fuisset delegata.

6 Id ipsum clarius explicant ea, quæ subdit I. C. dum ait. *Et si a familia dominus occisus esse dicetur, eo gnitionem Prætor, quam ex S. C. habet, mandare non poterit.* Neque enim de hac re Prætor aliter quam ex Senatus auctoritate cognoscere poterat.

7 Ad secundam assertionem accedamus, quæ sic se habet. *Quæ verò iure magistratus competunt, mandari possunt.* Iure magistratus ea competunt, quæ ex vi, & potestate ipsius magistratus competunt, idest ea, quæ ex vi muneris, propter quod magistratus fuit constitutus, ad magistratum pertinent, vt optimè docuerunt Alciat. *lib. 2. Paradox. c. 1. num. 6.* Claud. Catiun. *de off. iud. lib. 1. c. 10. num. 14. & 15.* Cuiac. *lib. 1. quæst. Pap. ad hanc legem.* D. Fachin. *lib. 9. contron. c. 97.* & alij, quos refert, & sequitur D. Io. Ant. Bellon. *de mand. iurisd. c. 8. q. 1. num. 16. 17. & 18. idem placet* D. Massin. *in huius legis commentar. num. 99.*

Huc pertinet id quod legitur *in l. 1. ff. de off. præfect. vrbis*, agitur eo loci de iure præfecti vrbis, vtque qualis sit ostendat I. C. recenset ex epistola Imperatoris Seueri, ex qua potestas præfecti pendebat huiusmodi verba. *Cum vrbem nostram fidei tuæ commiserimus*, & deindè ex his inferendo, inquit, *quicquid igitur intra vrbem admittitur, ad Præfectum vrbi videtur pertinere*, quia is cuius munus est vrbem regere, & conseruare, ex vi muneris iniuncti, habet ius de omnibus criminibus, quæ ibi patrantur cognoscendi, nisi enim hoc ei liceret, vrbem custudire, & conseruare non posset.

8 Huc etiam pertinet nobile illud S.C. quò in dubijs

bijs ciuitatis temporibus Cōſulibus ſummum imperium mandabatur. *Dent operam Conſules, ne quid Reſpub. detrimenti capiat*, cuius enim auctoritate Conſulibus licebat, in ciues animaduertere, & alia facere, quæ Saluſt. *de coniurat. Catil.* his verbis exponit. *Itaque quod plerunque in atroci negotio ſolet Senatus, decreuit, vt darent operam Conſs. nequid Reſpublica detrimenti caperet, eo poteſtas per Senatum more Rom. maxima permittitur, exercitū parare, bellum gerere, coercere modis omnibus ſocios, atque Ciues domi, militiæque ſummum imperium, atque iudicium habere. Aliter ſine populi iuſſu nulli harum rerum Conſuli ius eſt*. Ideò enim tanta poteſtas hoc S.C. continetur, quia non aliter munus iniunctum poterat adimpleri, quam ſi hæc omnia licerent.

9 Quia verò accidere poteſt, vt aliquid quod ex muneris iniuncti officio ad magiſtratum pertineat, concedatur alteri, meritò dubitari poteſt, an iure magiſtratus id competere dicatur, ſi deindè lege lata magiſtratui fuerit datum ius ea de re cognoſcendi, quod verius puto, reſtitutum enim magis quam datum videtur, quod indè liquet, quia vt ad magiſtratum redeat, ſatis eſt illud auferre ei, cui conceſſum fuerat ius de ea re cognoſcendi, etiam ſi ſpetialiter non permitteretur magiſtratui huiuſmodi negocijs incumbere, ex vi enim muneris iniuncti id poterit facere, & ſic iure magiſtratus.

10 An verò quæ more maiorum magiſtratibus Populi Rom. permittebantur, iure magiſtratus competerent videamus: iudicis dandi ius more maiorū magiſtratus vrbani habebant, *l. cum prætor 12. §. item hi, ff. de iudicijs*, & tamen ex vi muneris iniuncti, non cōpetebat hæc facultas, aliàs opus non fuiſſet, vt more id concederetur, ergo non eſt ſatis idoneum argumentum quid iure magiſtratus competere; id more maiorum conceſſum fuiſſe, non enim refert lege, S.C. vel conſtitutione aliquid concedi, vel more maiorum, vt ſpetialiter conceſſum dicatur, cum vt quid iure ſpetiali competat, ſatis ſit eum, qui magiſtratum habet non ex vi ipſius id facere, ſed iure ſpetiali, cauendum eſt ergo a Duar. *ad tit. de iuriſdictone, cap.* 5. ab Eguinar. Bar. *ad l.1. in princ.* & ibi Coraſ. *nu.* 8. a Cuiac. *ad l. 1. & ad l. more, de iuriſd.* & ab aliis, qui contrariū docent, de quibus D. Bellon. *de mand. iuriſd. cap.* 8. *q.* 1. *num.* 14.

11 An ea, quæ eo tempore, quo magiſtratus conſtitutus fuit ei conceſſa fuerunt iure magiſtratus competant? affirmat D. Maſſin. *ad l. 1. ff. de offic. eius num. 99.* necnon Bellonus *d. c. 8. q. 1. num.* 18. *&* 19. *& num.* 24. quibus non poſſum aſſentiri, quia nihil obſtat, quominus poſſit magiſtratui quando conſtituitur concedi id, quod alias ex vi ipſius magiſtratus non competeret, veluti ſi magiſtratui ad iudicendum introducto, alicuius criminis animaduerſio concederetur. Concludo ergo, non aliam eſſe certam, & tutam regulam cognoſcendi ea, quæ iure magiſtratus competunt, quá eam quę ſupra propoſita fuit, ſcilicet ea iure magiſtratus competere, quæ competunt abſque ſpetiali conceſſione eo ipſo, quod quis magiſtratum habet, qualia ſunt ea, quæ vi muneris proprij ipſius magiſtratus fieri poſſunt.

An merum imperium poſſit delegari ad l. nemo poteſt gladij, ff. de regul. iur. *Cap. V.*

1 NVnc explicare oportet, an merum imperium delegari poſſit, quod antequam faciam, cauēdum eſt, ne confundamus indelegabile cum eo, quod non poteſt delegari; nam qui dicit indelegabile negat capacitatem delegationis, & ſic potentiam; qui verò dicit, non poſſe delegari, negat actū, ſed non potentiam, etiam ſi enim potentiam admittat, ſuam tamen probat intentionem, ſi oſtenderit non poſſe huiuſmodi potentia tunc redigi ad actum propter aliquod impedimentum. Itaque ſi quis dixerit merum imperium ex DD. noſtrorum ſententia indelegabile eſſe, non rectè diceret, quia licet dicant illud non poſſe mandari, nemo tamen capacitatem delegationis negat, immò omnes fatentur quibuſdam in caſibus merum imperium delegari poſſe.

2 Hoc pręcognito ad rem ipſam deſcendamus ex illis, quæ mandari poſſunt merum imperium eſſe DD. negāt *per l. ſolent, ff. de offic. proconſ. & legat.* vbi habentur hæc verba. *Nec enim poteſt quis gladij poteſtatē ſibi datam, vel cuius alterius coertionis ad alium transferre*. idem habetur *in l. nemo poteſt gladij ff. de reg. iur.* ad idem adfertur auctoritas Papiniani dum *in l. 1. ff. de offic. eius*, ait. *Et ideò videntur errare magiſtratus, qui cum publici iudicij habeant exercitionem lege, vel S. C. delegatam iuriſdictionē ſuam mandant*. & paulò poſt ait in eandem ſententiam. *Verius eſt enim more maiorum iuriſdictionem quidem transferri, ſed merum imperium, quod lege datur, non poſſe tranſire*.

3 Contrariam ſententiam conſuetudo approbauit, quicquid enim DD. noſtri ſcripſerint vſus forenſis meri imperij cautas delegari paſſus eſt, vt notat *gloſſ. in §. nulli, in verbo iuriſdictione, Auth. de defenſor. ciuit.* Dec. *in l. 1. in princ. num. 65. ff. de iuriſdictio. omnium iud.* & ibi Cagnol. *num.* 43. & Cuiac. necnon D. Maſſin. *num.*... Claud. Catiunc. *de offic. iudicis, lib. 2. cap. 10. num.* 12. D. Bellon. *de mand. iuriſdictione c. 8. q. 2. nu.* 161. & hanc opinionem iuris noſtri regulis, ac ſanctionibus conſonam eſſe contendit D. Maſſin. *in d. l.* 1. cui me ſocium adiungo, nec ſine ſimbolo.

4 Huius autem opinionis fundamentum conſiſtit in regula, quam Papinianus proponit ea quæ iure magiſtratibus competunt mandari poſſe, neque enim difficilè eſt probare aliquos eſſe in iure noſtro, qui merum imperium habēt iure magiſtratus, hoc eſt ex vi muneris, propter quod magiſtratus fuit inſtitutus, nēpè Præfectus vrbi, is enim de omnibus criminibus, quæ in vrbe patrantur, cognoſcit, non quia hoc fuerit ei ſpetialiter permiſſum, ſed ex vi muneris iniuncti. Audi I. C. *in l. 1. ff. de offic. præfec. vrb.* Initio eiuſdem epiſtolæ ita ſcriptum eſt. *Cum Vrbem noſtram fidei tuæ commiſerimus, quidquid igitur intra vrbem admittitur ad Præfectum vrbi videtur pertinere*. Explicat I. C. ius Præfecti vrbi, & ait eius eſſe de omnibus criminibus in vrbe cognoſcere, non quia fuerit ei ſpetialiter conceſſum, & nominatim, ſed quia Imper. vrbem cōmiſit eius fidei, ergo iure magiſtratus ius animaduertendi in

facino-

facinorosos homines Præfecto vrbi comperit, & hæc est ratio, cur I. C. in initio eiusdem legis dixerit. *Omnia omninò crimina præfectura vrbis sibi vindicauit.* Vindicare enim sibi aliquid apud latinos is dicitur, qui aliquid iure suo postulat, a quibus iuris nostri auctores non dissentiunt, vt facilè est cuilibet pluribus iuris nostri locis comprobare.

5 Nec contradicit id, quod dicitur *in l. 8. §. est pœna, ff. de pœnis, & in l. 1. §. hi quibus igni, ff. de leg. 3.* Præfecto vrbi fuisse datum spetialiter ius deportandi, & in metallum damnandi, quia hoc quidem genus pœnæ ei spetialiter indultũ fateor, nego tamen quicquã hinc contra nostram sententiam elici posse, quia nos nõ dicimus hac pœna potuisse Præfectum suo iure punire, sed dicimus eum in facinorosos homines iure magistratus potuisse vſitatis pęnis animaduertere, quod ex his ipsis locis præterea comprobari potest, hoc modo ratiocinando in epistola Seueri Imp. fuit nominatim concessum Præfecto vrbi dãnare in metallum, & deportare, quia, vt hoc facere posset, necessaria erat spetialis concessio; ergo, vt ipse haberet ius animaduertendi in facinorosos homines, non fuit necessaria spetialis concessio, quia etiam hoc fuisset ei nominatim cõcessum, ergo hæc potestas iure magistratus ad eum pertinebat.

6 Huius generis fuisse etiam videtur præfectus vigilum, qui cognoscit de incendiarijs, effractoribus, furibus, raptoribus, receptatoribus, nisi si quam atrox tamquã famosa persona sit, vt præfecto vrbi remittatur, *l. 3. ff. de præfecto vigil.* eosque potest fustibus, vel flagellis cedi iubere, *l. fin. eod. tit.* Hic enim cum fuerit cum cohortibus, tribunisque cõstitutus, vt curaret ne incendia in vrbe orirentur, ex vi muneris iniuncti, de illis animaduertit, qui incendijs præbent causam.

7 Sed quicquid sit de præfecto vigilum, de prætoribus quos Iust. Populi Prætores nũcupari voluit, clarum videtur, eos merum imperium iure magistratus habere, de his extat Nouell. 13. in qua Iustinianus magistratum constituit, cuius munus sit facinorosos inquirere, in eosque animaduertere exilio, morte, alijsque pœnis, neque enim dubitari potest quispiam ea magistratus iure competere propter quæ magistratus constitutus est.

8 Clarissimè autẽ hanc potestatem iure magistratus competentem animaduertere licet in illis magistratibus quibus Iustinianus *Nouell. 102. in principio* profitetur summam se potestatem largitum fuisse, de quib. agitur *in Nouella 24. 25. 26. 27. 30. & 31. c. 3.* summæ enim potestatis magistratũ, qui habet vtique iure magistratus facit, quæ meri imperij esse dicimus, summa enim potestas horum magistratuũ in eo cõsistebat, vt res militaris, & ciuilis eorũ fidei committeretur, res inquam ciuilis, non quatenus distinguitur a criminalibus iudicijs, sed quatenus a re militari separatur, eo modo quo in illis considerabatur, quos Resp. Rom. cum imperio summo mittebat in Prouincias, vti ex prædictis locis animaduertere licet, maximè ex prohemio Nouellæ 24.

9 Iure etiam magistratus Episcopi de criminibus clericorum cognoscunt, & interdum etiam laicorum, quia iniuncti muneris potestas hoc eis tribuit, neque enim Episcopi munere suo rectè fungi posset quis, nisi animaduertendi ius haberet in facinorosos, iuxta tamẽ disciplinæ Ecclesiasticæ mansuetudinem, quapropter cum Episcopus iurisdictionẽ officiali mandabat, & ius animaduertendi mandatum intelligebatur, quod tamẽ Bonifacio VIII. displicuit, quapropter edita constitutione sic statuit. *Licet in officialium Episcopi per commissionem officij generaliter sibi factam causarum cognitio transferratur, potestatem tamen corrigendi, inquirendi, aut puniendi aliquorum excessus, seu aliquos a suis beneficijs, officijs, vel administrationibus, transferri nolumus in eundem, nisi sibi spetialiter hac committatur, c. 2. de off. vicar. lib. 6.* ex quo loco colligere licet eius auctorem existimauisse causas meri imperij iure magistratus cõpetentes mandari posse. Solent enim iuris Pontificij auctores, cum quid aduersus Cæsaris ius statuunt, id explicare, vti videre est *ex cap. cum contingat, de iur. iur. ex cap. fin. de sec. nupt. ex c. cum esset, de testam.* maximè Bonifacius VIII. *vt constat ex c. quamuis, de pactis, lib. 6 in c. fin. de arbitris, c. fin. de præscrip. lib. 6.* Profitentur enim iuris Pontificij auctores se se legib. Cęsareis vti, cum nõ adsunt ea de re canones *c. 1. & 2. de op. no. nunc.*

10 Exposuimus hucusque nostræ sententiæ fundamentum, diluamus nunc ea, quæ in contrarium ad ducta fuere, & quò ad *l. 1. ff. de off. eius, cui mand. est iurisdictio*, dicimus non agi eo loci de causis meri imperij indistinctè, sed quando spetialiter competunt, vt etiam D. Massinius monuit, quod multipliciter probare possumus, & primò ex illis verbis. *Et ideò videntur errare magistratus, qui cum publici iudicij habeant exercitionem lege, vel S.C. delegatam, veluti legis Iuliæ, de adulterijs, & si quæ sunt alia similes iurisdictionem suam mandant.* Nam nõ fuisset opus vt lege, vel S.C. exercitio huiusmodi delegaretur, si iure magistratus cõpetebat, non rectè etiã I. C. legis Iuliæ de adulter. mentionẽ fecisset, quia constat nullum fuisse Romæ magistratum, ad quẽ adulterij animaduersio ex lege Iulia introducta pertineret, quia tunc temporis Romæ hoc munus vni ex Prætoribus demandabatur, cui hæc cognitio forte obtigisset, vt exponunt Carol. Sigo. *de antiq. iure prouinc. lib. 3. c. 7. & 10. & lib. 2. de iud. c. 4.* Duar. *lib. 1. disp. aniuers. c. 53.* Eguinar. Baro *ad l. fin. de off. eius, cui mandata est iurisdictio.* Cuiac. *lib. 15. obser. c. 39.* & alij, quos omitto, neque enim iure magistratus id competere possumus affirmare, quod ex fortunæ iudicio pendebat, non rectè inquam legis Iuliç mentionem fecisset, si de illis egisset, qui meri imperij causas iure magistratus obtinent, lõgeque peius fecisset adijciendo illa verba, *& si quæ alia sunt similes*, toto enim cœlo hac in re distat, causas competere iure magistratus, vel spetiali cõstitutione, vt ipsemet I. C. in verbis antecedentibus exposuit.

11 Secundò I. C. sic esse accipiendum ostendunt il la verba. *Cuius rei fortissimum argumentum est, quòd lege Iulia de vi nominatim cauetur, vt is cui obtigerit exercitio, possit eam, si proficiscatur mandare.* Cum enim is prætor, cui forte delatum fuerat munus animaduertendi in eos, qui inciderant in legem Iuliã de vi, spetialiter hoc ius haberet, quod enim fors defert, iure magistratus non competit, pessimè argumen-

gumentaretur Papinianus ab eo,quod in l. Iulia cõtinetur,ad eum, cui iure magiſtratus meri imperij cauſæ pertinent, toto enim cœlo hac in re diſtant cauſæ, quas iure magiſtratus quis ſibi vindicat, ab illis,quæ ſpetialiter ſibi tribuuntur.

12 Tertiò,id ipſum probant illa verba, *Et ſi a familia dominus occiſus eſſe dicitur, cognitionem Prætor, quam ex S. C. habet, mandare non poterit*. Eſt enim extra omnem dubitationem Prætorem vrbanũ, cuius munus erat iuſdicere inter ciues, iure magiſtratus non potuiſſe hanc ſibi cognitionem vindicare. Ergo perperam eius mentionem feciſſet in eo tractatu, niſi egiſſet de cauſis meri imperij, quæ ſpetialiter tribuuntur.

13 Quartò,id ipſum oſtendunt illa verba, *Verius eſt enim more maiorum iuriſdictionem quidem transferri, merum autẽ imperium, quod lege datur, non poſſe tranſire*, intẽtionẽ Papiniani eſſe exponere cauſas,quæ mãdari poſſunt,dum ait, ea mandari poſſe,quæ nõ ſpetialiter,ſed iure magiſtratus competunt, vt huius regulæ vtique ſequitur cauſas meri imperij quãdoque mandari poſſe, quia, vt ſuprà probaui, merum imperium iure magiſtratus competere poteſt, itaque, aut Papinianus docet cauſas meri imperij non poſſe delegari,cum ſpetialiter competunt,aut malè docet, nunquam cauſas huiuſmodi mandari poſſe, neque enim eum excuſare quis poteſt, quod hæ cauſæ mandari non poſſint propter ſui grauitatem, vel quia electa cenſetur induſtria perſonæ. Nam dum negat cauſas meri imperij licere mandare, colligit concluſionem ex illa regula. Quæcunque ſpetialiter tribuuntur, mandata iuriſdictione non transferuntur, vt clariſſimè contextus verborum eius declarat; poſtquam enim prædictam regulam firmauit,inquit. *Et ideò videntur errare magiſtratus, qui cum publici iudicij habeant exercitionẽ lege, vel S. C. delegatam iuriſdictionem ſuam mandant*.

14 Prudenter ergo I. C. eo loci, dum paulò poſt, de eadem re tractaret,non dixit merum imperium non poſſe trãſire mandata iuriſdictione, ſed dixit, *Verius eſt more maiorum iuriſdictionem quidem transferri, ſed merum imperium, quod lege datur non poſſe tranſire*. Ea enim verba, *quod lege datur*, reſtringunt ſermonem ad eos, quibus ſpetialiter lege merum imperium tribuitur, vt clariſſimè exemplũ, quod ſubdit explicat,ait enim. *Quare nemo dicit animaduerſionem legatum proconſulis habere mandata iuriſdictione*. Nam proconſuli merum imperium lege tribuitur, vt mox explicaturus ſum.

15 *Ad l. ſolent, ff. de off. proconſ.* Reſpondeo eam loqui de proconſuli, qui iure magiſtratus imperiũ non obtinebat, ſed ex ſpetiali conceſſione, erant enim quædam Prouinciæ,quarum rectores proconſules appellabantur,quaſi loco Cõſulum eas adminiſtrarunt, vt videre eſt apud Dionem Caſſium *lib.* 53. Sigon. *de antiq. iu. prouinc. lib.* 2. *c.* 1. Coraſ. *ad Rub. ff. de offic. proconſ.* Duaren. *ad eundem tit. c.* 1. Gouean. *ad l. cum qui, ff. de iuriſd. omn. iud.* Alex. ab Alex. *genial. dier. lib.* 2. *c.* 27. eodem ſenſu loquitur *l. nemo poteſt gladij*, cum ex eodem loco deſumpta fuerit, vt ex verbis, & inſcriptione earũ liquet, & ideò compilatores non mutauerunt.

Is qui confeſſus fuit ſe aliquem pro vita ſua defenſione occidiſſe, an & quemadmodum puniri poſſit, ſi non probauerit neceſſariam defenſionem, cum aliundè de homicidio non conſtat. Cap. VI.

1 Si quis confeſſus fuerit, ſe aliquem occidiſſe pro neceſſaria vitæ ſuæ defenſione, nec conſtiterit aliundè eum reum eſſe homicidij, dubitant DD. an pęna homicidij puniri poſſit, ſi non probauerit, ſe moderamine inculpatæ tutelæ vſum fuiſſe, diſputatioque in eo conſiſtit, an confeſſio pro parte recipi a fiſco, & pro parte reijci poſſit.

Poſſe autem iudicem ſcindere huiuſmodi confeſſionem, & proindè poſſe reum punire, niſi defenſionem neceſſariã probauerit, docẽt multi, de quibus Iaſ. *in l. vt vim, num.* 13. vbi Claud. de Seiſello *poſt num.* 8. Hip. Rim. *num.* 228. *verſ. ſed bene venit, ff. de iuſt. & iure.* Gabr. *lib.* 7. *concluſ.* 19. & plurimi alij, de quibus Proſp. Farin. *quæſt.* 81. *num.* 110. vbi *ſub num.* 113. teſtatur de magis communi, & quod eam praxis recepit.

2 Contrarium ſcripſerunt alij relati per Gabriel. *loco allegato, num.* 1. *verſ. contrarium*. per Triuiſan. *deciſ.* 46. *a num.* 10. *& a num.* 16. *p.* 2. per Maſc. *concluſ.* 867. *num.* 3. & 14.

Mouentur huius poſterioris ſententiæ auctores ex eo,quòd vnicum factum eſt illud, de quo agitur, homicidium nempè ad defenſionem factum, ergo non poteſt in partes ſcindi, quia voluntas, & intentio confitentis, ex qua confeſſio vim accipit, non fuit confiteri homicidium, niſi cum illa qualitate.

Nihil eſt hæc ratiocinatio, nam cum quis dicit, occidi, ſed ad defenſionem, excuſationem delicti quidem proponit, qualitatem autem ſuæ non addit confeſſioni, quod vt clarè conſtare poſſit

3 Animaduertere nos oportet, tunc confeſſionem eſſe qualificatam, cum quis fatetur factum aliquod non ſimpliciter, ſed cum hac, vel illa qualitate, veluti cum quis dixit, occidi hoc vel illo loco, hoc vel illo genere armorum, hoc vel illo tempore, vulneraui hac vel illa parte corporis, tunc enim adiectio confeſſionem ita reſtringit, vt ea dempta non poſſit eſſe locus huiuſmodi confeſſioni, qualitatem enim, ſi demas diuerſificatur factum, de quo in confeſſione tractatur, & ideò confeſſio non poteſt nocere, niſi qualitas huiuſmodi concurrat.

4 Aliud tamen eſt, cum quis fatetur factum, excuſatione tamen aliqua addita, veluti ſi quis dixerit, occidi, ſed aliud agens occidi, ſed ebrius, vel dormiens eram, occidi Titium, ſed putabam occidere Caium, qui bannitus eſt, tunc enim confeſſio non eſt qualificata, quia huiuſmodi excuſatio ipſum factum non tangit, & ideò ea remota non diuerſificatur factum in confeſſione propoſitum; propterea hoc in caſu confeſſio aduerſus reum ominino vrget æquè, hac ſi defenſionem, ſeu excuſationem non propoſuiſſet, quia iudex de eodem met facto, quod confeſſus fuit pœnas ſumere vult.

5 Non rectè igitur aduerſarij dicunt confeſſionẽ eius, qui dicit ſe ad defenſionem occidiſſe, eſſe qualificatam, quia hæc adiectio homicidium non tangit, ſeu diuerſificat, ſed ſolum excuſat, & ideò non poteſt efficere, quin iudex poſſit reũ condemnare,

nisi excusationis veritatem probauerit, iuxta *l. in exceptionibus, ff. de probat.*

6 Et ex his intelligimus idem esse dicendū, etiamsi is, qui dicit se occidisse ad sui defensionē, dixerit se nec aliter, nec alio modo occidisse, quia hæc adiectio non tollit vim confessionis homicidij, & proinde nō potest impedire, quin reus puniri possit equè, ac si prædictam clausulam non inseruisset, & ita tenendum est, licet plerique contrarium docuerint, de quibus Boss. *tit. de confessione, num. 26.* Gabriel. *lib. 7. conclus. 19. num. 9.* Vlpess. *cons. 44. num. 7. & cons. 45. num. 1.* Fuluius Pacianus *lib. 1. de probat. cap. 25.* Farin. *d. quæst. 81. num. 148.*

7 Quorum fundamentum, vt penitus tolatur, animaduertere oportet, magnam esse differentiam inter eum, qui aliquid disponit, & eum qui factū narrat, quando enim quis disponit, quia res ab eius voluntatē pendet, in primis inspicimus eius mentem, cum verò aliquid narrat, postquàm seriem facti exposuit, non quærimus de mente eius, quia licet ipse voluerit, quò ad aliquem tantum effectum, rem prout gesta fuit narrare, tamen indistinctè admittimus vim narrationis ipsius, quia veritas rei gestæ non pendet ex voluntate narrantis, sed ex verbis, quibus ipse vsus fuit, pro verò enim habemus id, quod ab ipso narratum fuit.

Non nocet ergo fundamentum pro huiusmodi opinione allegatum, quia, quod dicitur clausulam non aliter &c. actum conditionalem reddere, ad ea pertinet, quæ a voluntate eius, qui dictā clausulam apposuit, dependeat.

8 At dices, si quis ita dixerit, si occidi, id feci ad defensionem necessariam, non potest ex sola confessione condemnari, quia confessio conditionalis est, vt per Boss. *tit. de reo confesso, nu. 25.* Gabr. *lib. 7. conclus. 19. num. 13.* Clar. *§. fin. q. 55. vers. cautius igitur.* Laur. Ierun. *cautel. 28. num. 6.* Farinac. *d. q. 81. a nu. 142.* ergo idem erit dicendum in casu nostro, quia clausula non aliter facit confessionem conditionalem.

Respondeo magnam extare inter hæc differentiam, nam quando quis dicit, non occidi, sed si occidi id feci ad necessariam defensionem, vel, si occidi id feci pro meæ vitæ defensione, non confitetur clarè, & dilucidè homicidium, prout facit ille, qui dixit, occidi, sed ad mei defensionē, nec aliter &c. quia vim verborum continentium expliciram, & claram rei gestę narrationem, sequens voluntas restringere non potest, & hæc est differentia quæ est inter eum qui factum narrat, & illum qui disponit, nam is qui narrat debet ab initio præmittere id, quod vult, ille verò qui disponit, satis est vt incontinenti id faciat, iuxta tradita per DD. *l. lecta, ff. si cert. pet.*

9 Qua pena verò puniri possit is, qui confessus fuit se occidisse ad necessariam defensionem, cum eam non probauit, nec aliundè de homicidio constat, videamus.

Pœna ordinaria eum puniri debere scribūt Soc. *in l. 1. post nu. 33. vers. pone, ff. si cert. pet.* Paris. *in c. auditis, nu. 28. de præsumpt.* Sarmient. *lib. 1. Select. c. 1. nu. 11.* & alij de quibus Mascard. *conclus. 867. nu. 1. & a num. 9.*

Contrarium, quod immò pęna solummodò extraordinaria puniri possit, docuit Abb. *in c. auditis, num. 33. de præscript.* vbi Fel. *num. 30.* Ias. *in l. vt vim, num. 13. vers. in tamen.* vbi Claud. de Seisello *nu. 82.* Hip. Rim. *a nu. 140. ff. de iust. & iur.* Dec. *in c. venerabilis, a nu. 83. de except.* & plurimi alij, de quibus Ferrat. *cautel. 5.* Clar. *§. fin. q. 55. vers. fortè.* Farin. *d. q. 81. num. 157.*

10 Prior opinio euidenter vera est, eum enim certum sit eum, qui confessus fuit delictum posse pœna ordinaria puniri, si nihil confessioni obstet, *l. qui sententiam 16. C. de pœnis*, clarum est eum, de quo agitur condemnari posse pœna ordinaria, quia cōfessioni eius nihil est, quod opponi possit, quod enim ex aduersò dicitur de homicidio constare per genus probationis extraordinarium, cum diuidatur confessio qualificata falsum est, nam ex dictis constat confessionem excusationem delicti continere, non qualitatem, homicidio enim nō cohæret, sed plurimum ab eo distat, an factum fuerit pro vitæ defensione.

An confessio delicti per tormenta elicita sit satis ad condemnandum reum, si non fuerit extra tormenta ratificata ad l. 1. §. si quis vltrò, de quęst. *Cap. VII.*

1 Hoc iure vtimur, vt reus, qui in quæstione fassus fuit, se esse criminis reum, non possit ex huiusmodi confessione damnari, nisi extra tormēta eam ratam habuerit, hocque ius nostri inuexerūt moti auctoritate *l. 1. §. Dinus Seuerus, & §. si quis vltrò, ff. de quæst.* & quia aliàs confessio videretur metu tormentorum extorta.

2 Quod pertinet *ad d. §. Diuus Seuerus*, is nihil eū re nostra, bona venia dixerim, commune habet, eius enim verba hæc sunt.

Diuus Seuerus rescripsit cōfessiones reorum, pro exploratis facinoribus haberi non oportere, si nulla probatio cognoscentis religionem instruat.

Illa enim verba, *si nulla probatio cognoscentis religionem instruat*, clarè contradistinguuntur a probatione quæ ex ore rei desumitur, & ideò non possunt exponi, idest nisi fuerit ratificata confessio a reo.

3 Illa etiam verba *confessiones reorum pro exploratis facinoribus haberi non oportere*, non possunt commodè exponi eo modo, quo DD. faciunt, dum dicunt eorum sensum esse *si non ostendunt eum de quo agitur reum criminis esse*, quia aliud est confessionē, pro explorato facinore haberi, aliud confessionem ostendere, quis sit facinoris auctor.

Germanus ergo huius textus sensus est, confessionem rei, quod delictum commiserit, non efficere, vt iudex existimet verum esse delictum fuisse commissum, nisi aliundè id constiterit, quod est illud quod DD. dicere solent, oportere constare de corpore delicti aliundè quam ex cōfessione rei, qui sensus eum verbis, & rectè rationi conueniat, nullamque omninò patiatur difficultatē, omnino retineri debet.

4 Textus etiam *in §. si quis vltrò*, prædictam sententiam non iuuat, inquit autem I. C. *si quis vltrò de malefitio fateatur, non semper fides habenda est.*

Vltrò, idest non coactus vi tormentorum, huic autem ait I. C. non semper credendum esse, regu-

lariter ergo ſecus erit, quia nulla maior probatio eſt, quàm oris proprij confeſſio. *vide l. 1. ff. & C. de confeſſ. & C. de non numerata pecunia, l. generaliter,* ait deindè I.C. *Nõnunquam enim, aut metu, aut qua alia cauſa in ſe confitentur.*

5 Reddit rationem, cur non ſemper confeſſioni ſit credendum, quia nonnunquam accidit, vt quis in ſe confiteatur metu, vel alia cauſa potius, quam quia deliquerit, ex quo iudex intelligit ſe debere confeſſioni fidẽ præſtare, cum non apparet de cauſa, quę potuerit mouere reum ad confitendum delictum, cuius expers eſt, ad huius autem aſſertionis elucidationem proponit epiſtolam Impp. Veri, & Antonini, cuius verba hæc ſunt.

6 *Prudenter, & egregia humanitatis ratione Saxa cariſſimæ, Primitium ſeruum, qui cum homicidium in ſe confingere metu ad dominum reuertendi ſuſpectus eſſet, perſeuerante falſa demonſtratione damnaſti, quęſiturus de conſocijs quos equè ſe habere comentus fuerat, vt ad certiorem de ſe confeſſionem peruenires. Nec fruſtra fuit tam prudens conſilium tuum, cum in tormentis conſtiterit, neque illos ei conſocios fuiſſe, & ipſum de ſe temere comentum.*

7 Suſpicabatur iudex ſeruum metu reuertendi ad dominum falsò in ſe cõfiteri homicidium, & ideò ſępius eum hac de re interrogauit, ſed cum conſtanter in eo, quod dixerat perſeueraret, ipſum condemnauit.

Hinc autem intelligimus iudicem, cum de veritate confeſſionis dubitat, debere ſępius reum interrogare, cum autem nulla extat de falſitate confeſſionis ſuſpicio, de quo caſu nos tractamus, id debere eum idem obſeruare ex hoc text. nullatenus colligi poteſt.

8 Ex eodem tex. intelligimus debere iudicem, qui ſuſpicatur de veritate confeſſionis reum condemnare, ſi in ea perſeuerauerit, nec debere quæſtioni eum ſubijcere, vt de veritate conſtare melius poſſit, quia iudex, de quo in hac epiſtola agitur, prius ſeruum damnauit, quàm eum quæſtioni ſubijci iuberet, idque fecit, vt de ſocijs certiorem eliceret confeſſionem, quod licet ex l. Adriani prohibitum eſſet, *l. penult. eod. tit. de quæſt.* tamen tunc rectiſſimè factum fuit, quia in fauorem eorum, quos reus nominauerat, & ipſius rei, ad quorum fauorem lex huiuſmodi facta fuerat, hoc tendebat, non enim alia de cauſa eum tormentis ſubijci iuſsit, quàm vt de ſuſpitione confecti criminis per quæſtionem certior probatio eliceretur, & hoc eſt illud prudẽs conſilium, quod laudant Impp. tantoperè.

9 Ne putes autem priorem confeſſionem ex eo infirmari, quod eam reus in tormentis retractauerit, nam illa verba, *cum in tormentis conſiſtent, neque illos ei conſcios fuiſſe, & ipſum de ſe temerè comentum* in ſimplici reuocatione confeſſionis verificari non poſſunt, quia allegans errorem confeſſionis, debet illum probare, iuxta tradita per Boſſium *tit. de confeſſ. a num. 59.* per Farinac. *q. 81. a num. 338.*

10 Nullus ergo ex locis allegatis probat noſtrorũ opinionem, cui etiã nõ ſuffragatur ratio allegata, quia metus tormentorum, ſemper durat quouſque quis non fuit abſolutus, cumque ſciat reus, a quo iudex poſtulat, vt ſuam ratificet confeſſionem, tormenta reiteranda eſſe, & quidem vehementius, ſi eam non ratificauerit, nemo dubitare poteſt metum tormentorum etiam eo tempore vrgere, quo ratificatio fit. Cum ergo nullum habeat in legibus noſtris, neceſſitas ratificationis, de qua agimus, fundamentum, moribus magis quam iure ſcripto neceſſaria erit, vt reus damnari poſſit.

Confeſſio ſpontè facta, an ſufficiat ad condemnandum cum inquiſitio delicti facta fuit non præcedentibus legitimis inditijs ad c. 1. de accuſat. in ſexto. *Cap. VIII.*

1 NOn licere iudici de crimine contra aliquẽ inquirere, niſi legitima præceſſerint inditia docet tex. *in c. accuſationis 21. & c. qualiter & quando 24. de accuſat.* & admittunt DD. noſtri abſque controuerſia. Hinc oritur dubitatio, an reus, contra quem de aliquo crimine abſque inditijs legitimis iudex inquiſiuit, puniri poſſit, ſi confiteatur delicti reum ſe ſe eſſe.

Negatiuam ſententiã ſequuntur Sarmient. *lib. 3. Select. c. 13. nu. 4.* Hip. Rim. *cõſ. 126. a nu. 9. lib. 1.* per tex. *in l. 1. §. Diuus Seuerus, ff. de quæſt.* dum ait. *Diuus Seuerus reſcripſit confeſſiones reorum pro exploratis facinoribus haberi non oportere, ſi nulla probatio religionem cognoſcentis inſtruat.*

2 Contrariam ſententiam ſequuntur Gloſſ. & DD. *in c. 1. de accuſat. lib. 6.* Frãciſc. Caſonus *de tormentis c. 5.* & alij de quibus Farinac. *q. 81. num. 13.* vbi teſtatur hanc partem in praxi fuiſſe receptam.

Nititur hæc ſententia auctoritate tex. *in c. 1. de accuſat. lib. 6.* cuius hæc verba ſunt.

Poſtquam coram eo, qui contra te ſuper certis criminibus inquiſitor fuerat deputatus, de eodẽ crimine fuerat confeſſus, & fruſtra confeſſionem tuam (quominus puniaris ex illa, prout iuſtitia ſuadebit) eo prætextu impugnare contendis, quia ſuper eiſdem criminibus non fueras diffamatus.

3 Licet enim vſitatum ſit ſpetialiter inquirere de delictis contra eos, qui de ipſis non fuerũt diffamati, ſi modo alia inditia grauia contra eum adfuerint, attñ ſecundum illud ius, quod iuris Canonici conditores obſeruari voluerũt, euidens eſt nõ licere cõtra aliquẽ de delicto ĩquirere, niſi diffamatus de eo fuerit, etiã ſi alia contra eũ grauiſſima inditia vrgeãt. Audi tex. *in c. inquiſitionis 21. §. 1. de accuſ.*

4 *Tertiæ dubitationis articulus continebat, vtrũ cũ duo, vel plures iurati affirmant aliquẽ crimen aliquod eiſdem videntibus commiſiſſe, de quo aliqua infamia nõ laborat, aliquam illi pœnam infligere debeatis &c. ad hæc reſpondemus nullum eſſe pro crimine, ſuper quo aliqua non laborat infamia, ſeu clamoſa inſinuatione, non proceſſerit propter dicta huiuſmodi puniendum, quinimò ſuper hoc depoſitiones contra eum recipi non debere, cum inquiſitio fieri debeat ſolummodò ſuper illis, de quibus clamores aliqui præceſſerint.*

Idẽ habetur *in c. qualiter & quando 24. eo. tit. de accuſ.* quẽ tex. adeas, quia elegãtiſſimè rẽ explicat.

Si ergo inquiſitio deficiente diffamatione non poteſt ſecundum iuris canonici conditores contra aliquẽ dirigi, habemus tex. expreſſum, in quo probatur confeſſionem rei ſufficere ad condemnationem, etiamſi inquiſitio illegitimè, & contra iuris canonici diſpoſitionem facta fuerit.

Nec

5 Nec his obstat tex. ex aduersò allegatus, quia non tractat, an confessio rei sufficiat ad condemnandum, sed an sit habenda pro crimine explorato, hoc est, an confesſio rei efficiat, vt exploratũ sit commissum fuisse crimen, quod se patrasse reus fatetur; inter hæc enim maximum discrimen est, quia de corpore delicti non dicitur sufficientes cõstare per solam rei assertionem, vt omnes sciunt. De auctore autem criminis satis est per eiusdem confesſionẽ apparere *l. 1. ff. & C. de confess. l. 16. C. de pœnis.* & hic sensus conuenit verbis textus, quia aliud est dicere, confesſionem reorum haberi non debere pro criminibus exploratis, idest claris, & euidentibus, aliud confesſionem efficere, vt exploratum sit eum, qui confessus fuit esse auctorem delicti.

6 Conuenit etiam iuris rationi, quia nulla maior probatio est, quam eius, de cuius incommodo agitur confessio. vide *l. generaliter, vers. nimis enim, C. de numerata pecun.* qua de causa nostri frequentissimis suffragijs docent satis esse ad condemnandũ reum propter eius confessionem, etiamsi nullæ aliæ extent criminis probationes, vt constat ex infinitis propè auctoritatibus relatis a Farinac. *d. q. 81. num. 4.*

Vimque confessionis, quò ad rem nostram, ostẽdit textus *in d. c. 1. de accusat. lib. 6.* dum ait sufficere ad condemnandum confessionem rei, etiam si diffamatio contra eum nõ præcesserit, nam duo, vel tres testes idonei tunc non sufficiunt ad reum condemnandum, vt est tex. *in allegato cap. inquisitionis 21. §. 1. de accusat.*

Confessio in tormentis facta, an satis sit ad condemnandum, cum quæstioni reus subiectus fuit legitimis non præcedentibus inditijs ad l. 1. §. Diuus Seuerus, ff. de quæst. *Cap. IX.*

1 SI iudex torqueri reum iusserit non præcedentibus legitimis inditijs, isque fassus fuerit se reũ esse criminis, non posse tamen ex hac confessione condemnari docet glos. *in l. penult. in principio, ff. de quæst.* vbi Bart. *num. 1. vers. secundo modo.* Felin. *in c. at si clerici, num. 1. vers. septimo limita, de indicijs*, vbi Dec. *num. 37.* Ber. *nume. 49. & 57.* & alij de quibus Brun. *de inditijs, par. 2. quæst. 5. num. 42.* Blanc. *de inditijs, nu. 221.* Mascard. *conclus. 1385. nu. 5.* Vulpel. *cons. 11. nu. 6.* Farinac. *q. 83. num. 1.* qui hos & alios recenset.

2 Fundamentum huius sententiæ consistit *in l. 1. §. Diuus Seuerus, ff. de quæst.* cuius verba hæc sunt.

Diuus Seuerus rescripsit confessiones reorum pro exploratis facinoribus haberi nõ oportere, si nulla probatio religionem cognoscentis instruat.

De veritate huius sententiæ vehementer dubito, quia huiusmodi tex. alium sensum habet, vt admonui in cap. anteced. num. 5. & 6. dum enim dicunt DD. illa verba *pro exploratis facinoribus haberi non oportere* significare confessionem non sufficere ad probandum reum, qui in se confessus fuit, esse auctorem criminis, nisi inditia aliqua præcessesint, manifestè vim eorum offendunt, aliud enim est confessionem probare reum esse auctorem criminis, aliud per eam constare de corpore delicti, & hanc differentiam DD. nostri agnoscunt, vnanimi enim consensu docent, confessionem rei, quæ ad probandum auctorem delicti sufficit, non esse satis vt constare dicatur de corpore delicti.

3 Nõ posse autem tex. eo modo intelligi, ac DD. faciunt ex eo liquet, quod si sensum prędictum admittimus, erit idem dicendum in confesſione spontanea, vt scilicet nec ipsa satis sit ad condemnandum reum, nisi legitima inditia contra eum præcesserint, quod tamen receptæ opinioni aduersatur, de qua Farinac. *q. 81. num. 4.* Nam textus absque vlla distinctione loquitur, neque enim I.C. qui rem ex professò tractat sic loquutus fuisset, si de confesſione metu tormentorum facta solum tractaret; quis enim hoc diuinare potuisset, cum nullum ex eius verbis inditium huius rei elici possit?

4 Quod enim dicunt aduersarij I.C. eo loci tractasse de quæstione reis inferenda, non nocet, duplici ex causa. Primò, quia in eadem lege tractat etiam de confessione extra quæstionem facta, vt *in §. si quis vltrò.* Secundò, quia verba, de quibus agimus, non veniunt continuatiuè ad sermonem de quæstione reorum a I.C. in superioribus verbis factum, vt ex contextus lectione liquet.

5 Contrariam igitur sententiã amplector per tex. *in c. 1. de accusationibus, lib. 6.* dum clarè decidit eũ, qui in se confessus fuit crimen in iudicio inquisitionis puniri debere, etiam si de huiusmodi crimine non esset diffamatus, cum enim nõ possit secundũ iuris canonici pręcepta inquisitio fieri contra aliquem de crimine, nisi diffamatus de eo fuerit, etiã si contra eum adsint testes de visu, *vt in cap. accusationis 21. §. 1. & c. qualiter & quando 24. de accusationibus*, patet confesſionem tantam vim habere, vt sufficiat ad condemnandum reum, etiam si inquisitio de delicto facta fuerit contra id, quod sacri Canones præcipiunt, satis ergo esse debet confesſio inter tormenta facta, etiamsi ad torturam deuenerit iudex, nõ præcedẽtibus legitimis inditijs.

8 Nec dicatur *in d. cap. 1.* agi de confesſione spontè facta, cuius maior vis est, quã sit eius, quam dolor expresſit, quoniam respondeo inter confesſionem factam in tormentis, & eam, quam reus fecit spontè, nullam esse differentiam, cum nihil est, quod faciat suspicari iudicem dolore tormentorũ reum coactũ fuisse ad confitẽdum se crimen patrauisse, a quo est immunis, quia hmõi confesſioni nihil aliud opponi potest, quam quod aliqui impatientia tormentorum falsa confingunt crimina, *iuxta l. 1. §. in causa tributorum, vers. alij tanta, ff. de quæst.* & ideò in casu nostro non debet huiusmodi differentia allegari, quoniam supponimus aduersus rei confesſionem nihil esse, quod posſit persuadere iudici quæstioni fidem non esse habendam, quia si secus esset, aliũdè defectus confesſionis oriretur, *iuxta l. 1. §. in causa tributorũ, in fine, de quæst.*

9 Secundò respondeo eo iure nos vti, vt confessio in tormentis facta non sit satis ad damnandum reum, nisi fuerit ab eo extra tormenta ratificata, & ideò idem factum fuisse in casu nostro supponendũ est, ergo non rectè allegatur cõfessionem metu tormentorum factam fuisse, quia DD. nostri communiter docent legem constituentem differentiam inter confessionem metu tormentorum factam, &

eam quæ ſponte facta fuit, non habere locū in confeſſione quæ fuerit ratificata *l. 2. C. quor. appell. non recip.* & ibi gloſſ. *in verbo aliquid, verſ. niſi perſeuerauit.* Cin. *num.* 1. *in fine.* Odofr. *num.* 1. *verſ. vnde nota.* Bart. *num.* 3. Caſtr. *num.* 4. Salic. *num.* 2. *in fine, verſ. reſponde*, cum alijs relatis per Farin. *q.* 101. *num.* 103.

10 Retenta autem recepta opinione, videamus, an ei locus ſit, cum deindè inditia ſuperuenerunt, & ei locum eſſe, hoc eſt confeſſionem huiuſmodi non ſufficere ad damnandum reum ſcribunt Alber. *in l. maritus, num.* 4. *ff. de quæſt.* Alex. *in l. qui in aliena, §. Celſus, num.* 12. *in fine, de acquir. hæred.* Fel. *in cap. at ſi clerici, num.* 1. *in fin. verſ. & dicas.* & ibi Dec. *num.* 38. *in fine.* Ber. *num.* 58. cum alijs per Farinac. relatis *q.* 83. *num.* 4.

11 Quibus non poſſum aſſentiri, quia tex tus, in quo communis opinio deducitur, etiam retento communi intellectu verificatur in confeſſione facta in tormentis non præcedentibus legitimis inditijs ſi modò ea ſuperuenerint, verba enim text. ſic ſe habent.

Diuus Seuerus reſcripſit confeſſiones reorum pro exploratis facinoribus haberi non oportere, ſi nulla probatio religionem iudicis inſtruat.

Illa enim verba, ſi nulla probatio religionem iudicis inſtruat, optimè verificantur in inditijs, quæ ſuperuenerunt, neque enim exigit textus probationem huiuſmodi præcedere torturam.

12 Quod ſi verſaremur in eo caſu, in quo res ipſa veritatem confeſſionis oſtenderet, cuiuſmodi eſt, ea ſpeties, de qua tractat Gabr. Saray. ad Mateſ. *not.* 55. quando ſcilicet reus cōfeſſus fuit ſe Titium occidiſſe, eumque aliquo loco humaſſe, vbi cadauer deindè repertum fuit, euidenter verum eſt confeſſionem ſufficere ad damnandum reum: nā cum ſit euidens veritas confeſſionis, abſurdiſsimum erit affirmare eam impatientia doloris factam fuiſſe, & proindè non eſt dubitandum tunc habere locum diſpoſitionē *c.* 1. *de accuſat. lib.* 6. dum docet, reum, qui confeſſus fuit delictum, damnari poſſe, etiam ſi non adeſsent inditia contra eum legitima ad inquirendum, ratio enim cui tex. innititur, quòd rei confeſsio rem claram & exploratam reddat, procul dubio magis in ſpetie, de qua agimus, militat, quia res ipſa veritatem confeſſionis oſtendit, & ita tenendum eſt, licet contrarium ſcripſerint Marſil. *in praxi, §. ſecunda quæſtio.* Saray. *loco allegato.* Bertaz. *conſ.* 341. *num.* 21. *lib.* 2. & alijs conſilijs, quæ allegat, & ſequitur Farinac. *d. quæſt.* 83. *num.* 11.

13 Eadem communis opinio non eſt admittenda, quando reus, qui robuſtus erat, fuit leuiter tortus, ſi modò non appareant ſigna impatientiæ doloris, tunc enim huiuſmodi confeſſio ſpontanea magis, quàm per tormenta expreſſa cenſeri debet, & ideò tunc habet locum *cap.* 1. *de accuſat. lib.* 6. atque ita docuerunt Grammat. *deciſ.* 34. *a num.* 55. *& conſil.* 40. *a numer.* 15. *& voto* 6. *numer.* 8. Monticell. *regul.* 18. *num.* 17. Perſonal. *de inditijs, a num.* 74. adđentes ad Bertaz. *conſ.* 162. *litt. D. in vltima additione.* Hip. Rim. *conſ.* 88. *num.* 56. quos recenſet Farinac. *d. q.* 83. *num.* 17. qui tamen *num.* 18. contrarium verius eſſe exiſtimat, & non rectè, quia ceſſante doloris magnitudine, confeſſio omni caret ſuſpicione in homine robuſto, quod vbi adeſt nulla cauſa eſt, cur conſtituatur differentia inter confeſſionem factam in tormentis, & eam quam reus ſponte fecit.

14 Sed quid ſi poſtquàm reus in tormentis confeſſus fuit, iterum tortus idem fuerit confeſſus, prædictæ ne opinioni locus erit? pro parte affirmatiua vrget primò id quod ſcribunt multi, de quibus Gigas *de crim. leſæ maieſt. lib.* 2. *tit. quomodo & per quos crimines leſ. maeſt. probatur, num.* 33. Hipp. Rim. *conſ.* 88. *num.* 58. Hond. *conſ.* 108. *num.* 3. *a lib.* 1. Farinac. *d. quæſt.* 83. *num.* 14. quod ſcilicet tanti momenti eſt iſte defectus, vt omnia inde ſecuta nulla ſint ipſo iure.

Secundò, quia aliàs aperta eſſet via malis, & improbis iudicibus torquendi eos, aduerſus quos non extant legitima inditia, quod nullatenus admitti debet.

15 Pendet deciſio huius dubitationis, an ex confeſſione per tormenta non præcedentibus legitimis inditijs expreſſa, oriatur inditium ſufficiens ad torturam, retento intellectu communi *ad d. §. Diuus Seuerus*, quod negant Bertaz. *conſ.* 39. *num.* 10. Hond. *conſil.* 108. *num.* 34. *lib.* 1. Farinac. *d. q.* 83. *num.* 16. quibus non poſſum aſſentiri, cū verſamur in ea ſpetie, in qua non adeſt aliquid, quod contra fidem confeſſionis vrgeat, quo in caſu hæc quæſtio diſputatur.

Motus ex eo quod, cum legitima inditia ea cenſeantur ad torquendum, quæ ſemiplenam inducūt delicti probationem, vt conſtat ex Farinac. *tom.* 1. *tit. de inditijs & tortura*, & ex alijs rerum criminalium Doctoribus, neceſſe eſt dicere, confeſſionem in tormentis factam probationem ſemiplenam delicti ſua ptè natura continere, alioquin eo caſu, quo præcedunt, legitima inditia non ſufficeret ad condemnandum reum, quia huiuſmodi inditia nō poſſunt plenam probationem aliter facere, quam ope alterius ſemiplenæ probationis, & proindè negari non poteſt confeſſionem huiuſmodi per ſe eſſe inditium legitimum ad torquendum reum.

16 Quod ſi ageretur de confeſſione, quam res ipſa veram eſſe oſtendit, de qua ſuprà dixi num. 12. extra omnem dubitationem eſſe puto eam ſufficere ad torquendum, quicquid ſcribat Farinac. *d. q.* 83. *num.* 13. cuius opinio admitti poteſt, cum reus ſuſpectum allegauit iudicem ſeruatis ſeruandis.

17 Argumentum primò ex aduerſò adductum non nocet, quia huiuſmodi doctrinam intelligi debet, quò ad ea, quę iudex facit ad effectum condemnandi reum propter huiuſmodi confeſſionem, de hoc enim prædicti DD. tractant, & ideò non pertinet ad rem noſtram, quia iudex, de quo agimus, omiſſo iudicio cępto contra reum, aliud inchoat, & hac de cauſa reum iterum torquet.

18 Ad ſecundum reſpondeo, legem confidere de iudicibus, maximè in hac materia, eiuſque religioni committi, quæ fides quæſtioni ſit adhibenda. vide *l.* 1. *§. in cauſa tributorum, verſ. quæſtioni fidem, ff. de quæſt.* & ideò eius eſt decernere, an inditia ad torturam ſufficiant.

Confeſſio

Confessio rei an satis sit ad condemnandum, cum processus nullus est ad cap. 1. de accusationibus lib. 6. *Cap. X.*

1 SI quis fuerit confessus se esse reum criminis, nō posse eum damnari ex huiusmodi confessione, si processus nullus est, auctores sunt Roman. *in l. magistratibus, nu. 4. vers. sed adde.* & ibi Dec. *num. 10. de iurisd. omnium iudicum.* Augustin. ad Angel. *vers. comparuerunt, post num. 5.* & alij de quibus Rolan. *consil. 31. num. 25. lib. 7. ff.* Rom. *cons. 126. num. 18.* Flam. Cart. *execut. sent. c. fin. num. 216.*

2 Aliud tamen & melius alij communiter docent Innocent. & alij *in c. qualiter & quando, de accusat.* Archidiac. & alij *in c. 1. de accusat. lib. 6. & in alijs locis,* de quibus Gomez. *var. tit. de delict. c. 18. nu. 8.* Clar. *§. fin. q. 55. vers. item posset.* Farinac. *quaest. 81. num. 66.*

Probatur hæc opinio *ex cap. 1. de accusat. lib. 6.* dum inquit. *Postquam coram eo, qui contra te super certis criminibus inquisitor fuerat deputatus, eadem crimina fuisse confessus, frustra confessionem suam (quominus puniaris ex ea, prout iustitia suadebit) eo pretexiu impugnare contendis, quòd super eisdem criminibus non fuerat antea diffamatus.*

3 Cum enim iuris canonici conditores noluerint contra aliquem de crimine inquiri, nisi de eo fuerit diffamatus, etiamsi adsint testes duo, vel plures, qui de visu deponant eū fuisse criminis huiusmodi auctorē, vt est tex. clarissimus *in c. accusationis 21. §. 1. de accusat.* vtique in hoc tex. agitur de ea specie, in qua nullitas processus euidens est, & maxima, quia diffamatio eius qui delictum cōfessus fuit non præcesserat, vt in textu dicitur.

4 Ideò autem noluerunt sine diffamatione iudicium inquisitionis consistere, quia tunc iudex accusatoris, & iudicis partibus fungeretur, quod nullatenus licet. Audi Summum Pontificem *in c. qualiter & quando 24. de accusat. Non tanquam idem sit accusator & iudex, sed quasi denunciante fama, vel deferente clamore officij sui debitum exequatur.*

Cumque ad substantiam iudicij pertineat persona accusatoris, *c. forus, de verb. sign.* vtique eo casu, quo diffamatio non processit, rectissimè dicitur in huiusmodi iudicio accusatorem verè, vel apparenter non adesse, & tamen confessio rei satis est ad eum condemnandum, ergo non est dubitandum, nullitatem processus non auferre vim confessioni, etiamsi substantiam iudicij respiciat, supposita tamen semper iurisdictione in iudice, prout benedocent Franc. *in d. c. 1. num. 5. & 6.* Farinac. *d. q. 81. num. 73.*

5 Multò minus ergo confessioni nocebit præpostera ratio ordinis, qa defectus huiusmodi procul dubio longè minor est, prout optimè docuerunt Franc. *loco allegato,* & Farin. *d. q. 81. nu. 80.* quicquid scripserit Butr. *in d. c. qualiter & quando, num. 38. vers. quid si primo fiat inquisitio.* & ibi Felin. *nume. 10.* Foller. *in praxi vers. etsi confitebuntur, parte prima, num. 65. in fine, in 7. limitatione,* qui frustra allegant regulam *c. cum post petitam, de elect.* cum speciale ius sit confessionis vt ipsa sufficiat, etiamsi desint ea, quæ alias necessaria sunt, vt quis possit condēnari.

6 Cum verò tex. *in d. c. 7.* non dicat iudices ad inquirendum deputatos cœpisse de delicto inquirere, antequam reus illud fuisset cōfessus, vtique nulla causa est, cur id factum fuisse asseramus, cum iura canonica id fieri vetarent deficiente diffamatione, iuxta tex. *in d. c. accusationis 21. §. 1. & c. qualiter & quando 24. de accusat.* & ideò, vt reus confessus condemnari possit, non est necessarium, vt antequam confessus fuerit delictum, cœpta fuerit contra eum inquisitio.

7 Nec etiam necesse est, vt postquàm confessus fuerit contra eum inquiratur, nam tex. dicit eum propterea condemnari, quod delictum confessus fuit, nulla facta mentione inquisitionis contra eum faciendæ, & iure meritò, quia rei satis demonstratæ, demonstratio non est addenda; ad quid enim probationes circa auctorem eius delicti quærimus, cuius se auctorem quis dilucidè potestatus fuit? cauendum ergo est ab illis, qui aliter docent, scilicet a Bald. *in l. 1. num. 33. C. de confess.* & ab alijs, de quibus Farinac. *d. q. 81. num. 81.* quibus oppono auctoritatem eorum, qui docent nō esse opus processu ad condemnandum reum, qui confessus fuit se se esse delicti auctorem, de quibus Brun. *de inditijs, p. 2. q. 6. num. 9.* Carer. *in praxi par. 2. tract. de inditijs, vers. voce propria confessus fuit, num. 9.* & Farinac. *d. q. 81. num. 75.* vbi testatur de communi, qui cum indistinctè loquantur, non satis rectè Farinac. dixit eos esse intelligendos, quò ad pœnam extraordinariam, nam DD. non solent affirmare simpliciter posse aliquem condemnari, si solum de pœna extraordinaria intelligant.

8 Et quoniam in mentionem pœnæ extraordinariæ incidimus, non omitto Angel. *cons. 178. num. 2. & nume. 3. vers. si quam ergo pœnam.* Augustinum Beroum *in c. at si clerici, num. 44. in fine, vers. & sequendo hanc opinionem, & num. 45. & 46. de iudic.* & cum eo Hipp. Rim. *cons. 126. a nu. 18.* quos refert, & sequitur Farinac. *d. q. 81. num. 91.* existimauisse eum, qui ob confessionem delicti a se factam condemnatur, pœna extraordinaria puniri, cum adest aliqua circa ordinem iudiciarium nullitas, quibus nullatenus assentiendum est, quia hæc doctrina est contra mentem DD. de hac materia loquentium, & contra tex. *in d. c. 1. de accusat. in 6.*

9 Cum enim DD. tot verba circa hanc materiam effuderint, totque limitationes excogitauerint in fauorem rei, qui delictum confessus fuit, quando processus nullus est, nulla facta mentione huius, de qua agitur, quam tamen ordo doctrinę, & materia ipsa primum ante oculos ponit, euidens est eos, dū dixerunt reum, de quo agimus, condemnari posse, intellexisse de pœna ordinaria; si enim de extraordinaria intellexerunt, cur id non expresserunt?

10 Repugnat etiam tex. *in d. c. 1. de accusat.* quia in eo dicitur debere reum puniri prout iustitia suadebit, & sic pœna ordinaria, si nulla extet causa, cur a pœna ordinaria recedatur? pro cuius sententiæ cōfirmatione alia possem adferre, quæ tamen omitto, quia hæc satis superque esse videntur, ea enim quæ ex aduerso adferuntur, non agunt de ea specie, in qua quis delictum ore proprio confessus fuerit; confessio enim tanti momenti est, vt eo casu, quo testes non audiuntur contra reum, ipsa satis sit

ad reum condemnandum, vt liquidò conſtat *ex d. c. 1. iuncto tex. in d. c. accuſationis* 21. *§. 1. de accuſac.* quia in confeſſum nullæ aliæ ſunt partes iudicis, quam in condemnando, *l. 1. ff. de confeſſ.*

11 Non omitto autem tes. *in allegato c. 1. de accuſat.* agere de eo, qui confeſſus fuit delictum coram iudicibus deputatis ad inquirendum contra eum, de huiuſmodi delicto, vt in eo diſertis verbis habetur, & ideò cauendum eſt ab illis, qui dicunt reum, qui confeſſus fuit delictum, non poſſe condemnari ex huiuſmodi confeſſione, cum cauſa agitur coram iudice delegato, cuius opinionis fuerunt Marſ. *in praxi, §. poſtquam, num. 14. & conſ. 46. num. 19. poſt medium*, & alij de quibus Farinac. *d. q. 81. num. 88.* aduerſus quam ſententiam plura alia adſerre poſſem, & vt mihi videntur vrgentiſſima, ſed omitto, quia testus clariſſimus eſt, & eſt de mente DD. noſtrorum, qui de hac re tractant; pauciſſimi enim ipſorum hanc diſtinctionem faciunt, quam tamen non omiſiſſent, ſi eam fieri debere putauiſſent.

De eadem materia. *Cap. XI.*

1 SEd quid ſi confeſsio in tormentis fuerit facta, idemnè iuris erit? Negant Bero. *in c. at ſi clerici, a num. 60. de iud.* Foller. *in praxi, verbo etſi confitebuntur, parte 3. num.* 88. Maſcard. *concluſ.* 357. *num. 4.* Rol. *conſ.* 31. *num. 8. lib.* 1. Farinac. *qui hos refert d. q. 81. num. 83.*

Pro hac ſententia vrget textus *in l. 2. C. quorum appellationes* &c. vbi manifeſta fit differentia inter confeſsionem ſpontè factam, & eam quam vis tormentorum expreſsit, illius enim ratio habetur, cum quæritur, an reus contra quem ſententia lata fuit, poſsit appellari, huius autem non habetur, & iure meritò, quia quæſtioni non ſemper fides habetur, cum ſit res fragilis, & periculoſa, quæ veritatē fallat, vt legitur *in l. 1. §. in cauſa, de quæſt.*

2 In contrarium verò vrget, quòd quæſtio reorũ res eſt efficaciſsima ad eruendam veritatem, *l. edictum* 8. *ff. de quæſt.* & ibi Gloſſ. & ideò ex huiuſmodi confeſsione damnantur rei, vt equè, ac ſi vltrò confeſſi fuiſſent.

3 Quid dicendum? puto huiuſmodi opinionem nō eſſe veram, ſi modò verſemur in eo caſu, in quo confeſsio huiuſmodi ſufficeret ad condemnandũ, ſi iuris ordo ſeruatus fuiſſet, quia nihil eſt, quod dubiam reddat veritatem confeſsionis, nihil inquam valdè vrgens. Huius autem ſentētiæ ratio eſt, quia vbi iudex non ſuſpicatur de veritate confeſsionis, quia nihil extat, quod eius veritatem in dubium reuocet, verſamur in illis caſibus, in quibus ceſſat timor reum metu tormentorum mentitum fuiſſe, vbi enim vis tormentorum magis, quam veritas confeſsionem expreſsit, ſolet varietas, & inconſtantia adeſſe in ſermone rei, *l. 1. §. in cauſa, verſ. alij tanta, ff. de quæſt.* vel aliquod mendacium, aut euidens inueriſimilitudo, vt experiētia docet, & ideò tunc verſamur extra eum caſum, in quo confeſsioni detrahat vis tormentorum, & per conſequens nulla cauſa eſt, cur conſtituamus differentiam inter cōfeſsionem de qua agimus, & eam quam quis ſpontè facit, quæ etiam quandoque fallit. *vide l. 1. §. ſi quis vltrò, de quæſt.*

4 *Ad l. 2. C. quorum appellat. non recip.* Reſpondeo iure meritò eum, qui in tormentis cōfeſſus fuit admitti ad appellandum, quia lex huiuſmodi eſt correctoria, tollens nempè beneficium appellationis, vbi agitur de ſumma rerum, diſpoſitio autem tex. *in c. 1. de accuſat. lib. 6.* non eſt correctoria, ſed iuris veteris declaratoria, neque enim in eo conſtitutio aliqua habetur, ſed reſponſio Summi Pontificis reddita cuidam qui eum interrogauerat, an confeſſio &c.

5 Quod ſi hæc reſponſio tibi non placeat, aliam afferam ex pragmaticorum opinionibus excerptā: illi enim docent diſpoſitionem *d. l. 2. C. quorum appellac. non recip.* non procedere, quando confeſſio deindè modis conſuetis fuit ratificata, cuius opinionis auctores recenſent Lancellot. *de attentatis par. 2. c. 12. ampl. 4. num. 13.* Cartar. *de exeq. ſenten. c. 1. num. 73.* Sigiſmund. Scaccia *tom. 1. ſuæ praxis, lib. 1. c. 97. a nu. 118. in fine.* Farinac. *q. 101. nu. 134.* & ideò ad ſpetiem, de qua agimus non poteſt adaptari, quia hoc iure vtimur, vt cōfeſſio facta in tormentis non ſit ſatis ad condemnandum, niſi fuerit ratificata.

6 Immò ex huiuſmodi textu ſecundum prædictũ intellectũ validum pro noſtra ſententia colligitur argumentum, ſic ratiocinando; diſpoſitio correctoria iuris communis auferens in cauſis capitalibus appellationem, loquens de confeſſione extra tormenta facta, habet locum in confeſsione in tormentis facta, ſi modò fuerit legitimo modo ratificata, ergo multò magis diſpoſitio noſtri textus debet habere locum, cum ſit iuris declaratoria, nec aliquid rigoroſum, aut durum contineat.

7 Ad tes. *in d. §. in cauſa*, in quo dicitur torturam rem eſſe fragilem, & periculoſam, quæ veritatem fallat, reſpondeo hoc quidem oſtendere non debere nos ſemper, & omni caſu ei præſtare fidem, quod eſt illud, qđ ibi tractat I.C. vt patet ex verſ. quæſtioni, non tamen indè ſequitur non ſufficere confeſsionem in tormentis factam ad condemnandum, cum nihil eſt, quod eius fidei detrahat, quia huic interpretationi aduerſatur tex. *in l. 8. eod. tit.* & vſus quotidianus fori, & proindè huiuſmodi dictum non vrget contra noſtram ſententiam, quia vt ſuprà dixi, ſupponimus clarum eſſe reum poſſe ex huiuſmodi confeſsione condemnari, ſi iuris ordo fuiſſet in proceſſu ſeruatus.

8 Hæc autem, quæ in hoc capite, & in antecedenti firmauimus, caue ne exiſtimes habere locum, quando nullitas proceſſus ex eo oritur, quod inſtātia perierit, quia tunc reum omninò abſoluere debet iudex, *l. fin. C. vt intra certum tempus*, licet aliud ſcripſerint Bald. *in l. properandum, num. 20. verſ. vnum tamen, C. de iudicijs.* Dec. *in l. magiſtratibus, nume. 7. verſ. & inducit, C. de iuriſd. omnium iudicum*, cum alijs relatis per Farinac. *q. 81. num. 74.*

Confeſſio per ſuggeſtionem extorta, an ſatis ſit ad condemnandum reum ad l. 1. §. in cauſa tributorum, verſ. qui quæſtionem, ff. de quæſt. *Cap. XII.*

1 SI ſuggerente iudice reus crimen confeſſus fuerit, huiuſmodi confeſſionem non eſſe ſatis ad condemnandum reum ſcribunt noſtri DD. communiter,

muniter, consule Gomez. *var. tit. de tortur. num. 23. in fine*. Flam. Cartar. *in praxi interrogand. reor. lib. 2. c. 1. a num. 54.* Scacciam *de indic. tom. 1. c. 86. a nu. 7. & num. 40.* Farinac. *q. 83. a num. 84.*

Deducunt autem hanc assertionem *ex l. 1. §. in causa tributorum, vers. qui quaestionem, ff. de quaest.* dum inquit. *Qui quaestionem habiturus est, non debet spetialiter interrogare, an Lutius Titius homicidium fecerit, sed generaliter qui id fecerit, alterum enim magis suggerentis quam requirentis est.*

2 Vt veritas huius dubitationis apparere posit, meminisse oportet, nô alia de causa responsionem a iudice suggerente extortam reijci posse, quam quia verisimile sit eam propter suggestionem magis, quàm veritate sic exigente fuisse factam, est ergo differentia inter reum, & testem in proposita difficultate constituenda, quoniam suggestio, quæ nec molestiam, nec cruciatum addit reo, nunquam apta est eum mouere, qui innocens est, ad confingendum crimen illudque in se confitendum.

3 Testis autem, qui inter tormenta interrogatur, cum ex suggestione intelligat quid sit illud, quod iudex cupit ipsum dicere, facilè moueri potest ex suggestione ad affirmandum id, quod aliàs nô erat dicturus, vt se a molestia tormentorum, & carceris liberet.

4 His præcognitis euidens est ex tex. allegato non posse colligi prædictam assertionem, quia tractat de teste inter tormenta interrogando, vt patet ex illis verbis.

Qui quaestionem habiturus est, non debet spetialiter interrogare an Lutius Titius homicidium fecerit, huiusmodi enim verba nô conueniunt ei de quo quæstio habetur, si ipse reus est.

Sed estò eum de reo loqui, nego tamen ex hoc text. colligi posse confessionem non nocere reo, si nihil aliud, præterquam suggestio ei obstet, quia mala consequentia est, non poterat reus interrogari, ergo eius confessio ei non nocet. Nam secundum illud ius, quod iuris canonici auctores obseruari voluerunt, nemo potest interrogari de crimine, de quo non fuit diffamatus, etiamsi contra eum extent testes de visu deponentes, *cap. accusationis 21. §. 1. & cap. qualiter & quando, de accusat.* & tamen si interrogatus fuerit, & delictum confiteatur, condemnabitur propter huiusmodi confessionem, *c. 1. de accusat. lib. 6.* & iure meritò, quia vis confessionis non est annexa interrogatione, nec ab ipsa depêdet, sed ex eo oritur, quòd reus sciens volensque eam ore proprio dilucidè protulerit. *vide l. generaliter, C. de non num. pec.* hæcque verissima esse vsus ostendit. Et ideò vsitatum est reû interrogare, non modo de crimine, de quo inquiritur, Clar. *§. fin. q. 45. vers. debet autem*, sed ei legû tur dicta testium de criminis auctore deponentiû, Farin. *d. q. 83. nu. 90.*

5 Retenta tamen communi opinione, videamus, an confessio huiusmodi ratificata satis sit ad condemnâdum, quod negat post Carrer. *par. 2. in tract. de indit. & tortur. §. formidine tormentorum, num. 16.* Farinac. *q. 83. num. 94.*

Contrarium probatur *ex l. 2. C. quor. appell. non recip.* secundum intellectum gloss. & DD. In hoc tex. habetur confessionem metu tormentorum factam non habere eam vim ad auferendum reo appellationem, quam spontanea confessio habet, & tamen si huiusmodi confessio fuerit ratificata, habetur pro spontanea, & intrat disputatio legis appellationem auferentis, gloss. *ibi in verbo aliquid, vers. nisi perseuerauerit.* Cin. *num. 1. in fine, vers. vnde nota.* Bart. *nu. 3.* Castr. *nu. 4.* Salicet. *num. 2. in fine, vers. & responde*, cum alijs de quibus Lancellot. *de attent. p. 2. c. 12. ampl. 4. nu. 13.* Cartar. *de execut. sent. c. 1. num. 73.* Farinac. *q. 101. num. 133.*

Si enim ratificatio in huiusmodi materia correctoria, & adeò periculosa efficit, vt confessio inter tormenta facta habeatur pro spontanea, multo magis debet efficere, vt confessio per suggestionê extorta valeat, quia metus tormentorum difficilius expellitur, quam fiat fallacia suggestionis, quæ confessionem extorsit.

Confessio extraiudicialis delicti an satis sit ad condemnandum, si plenè fuerit probata.

Cap. XIII.

1 CONfessionem delicti extra ius factam non esse satis vt reus posit condemnari scribunt gloss. Bart. & DD. *in l. capite quinto, ad l. Iuliam, de adulterijs, in l. quoniam, ff. de his qui notant. infamia.* glos. & DD. *in cap. de hoc, de simon.* & alij de quibus per Menoch. *de arbitr. iudic. cas. 331.* Clar. *§. fin. q. 55. in principio.* Mascard. *conclus. 497. a num. 1.* Farinac. *quaest. 82.*

Fundamentum huius sententiæ constituunt *in l. 1. in fine, ff. de interrog. act. in cap. de hoc autem, de simonia, in l. cum falsa, C. de iuris & fact. ignor. in l. 6. §. sed etsi, ff. de confess.*

2 Contrariam sententiam amplector, quia, cum confessio eam vim habeat, vt non posit quis in dubium reuocari id, quod ore proprio dilucidè protestatus fuit, *l. generaliter, C. de non num. pec.* nulla causa est, cur velimus in dubium reuocare eum esse criminis auctorem, qui coram testibus idoneis id dilucidè professus fuit, & hæc est ratio, cur is, qui in actione furti, vi bonorum raptorum, & de dolo, pactus fuerit, infamis sit equè, ac si damnatus fuisset, *l. 4. in fine, de his qui notant. infam.* is enim qui de crimine transigit confiteri crimen intelligitur, *l. 5. eod. tit.* cumque regula iuris naturalis sit vbique a DD. inculcata, confessionem aduersarij nostri nos liberare ab onere probandi, non erit difficile hanc sententiam persuadere, si modò ea, quæ ex aduersò obijciuntur solidè fuerint dissoluta.

3 Verba *l. 1. de interrog. act.* quò ad rem nostram spectat, hæc sunt: *sed tantummodò ad probationes litigatoribus sufficiunt ea, quæ ab aduersa parte fuerunt expressa apud iudicem, vel in hæreditatibus, vel in alijs rebus, quæ in causis vertuntur.*

Respondeo agere I. C. de ijs causis, in quibus olim interrogationes in iure fiebant, vt ex contextu liquet, & cum dixisset eas in vsu esse desijsse, ostendit quemadmodum tunc temporis absque illis actori succurreretur, dû ergo ait actori ad probationes sufficere, quæ aduersarius eius apud iudicem expressit, intelligendum est in ijs causis, de quibus interrogationes fiebant, quod etiam agnoscit ibidem gloss. *in verbo alijs rebus.*

Non

Non nocet ergo hic textus noſtrę opinioni,quia magna eſt differentia inter quæſtionem noſtram, & materiam interrogatoriarum actionum, vt in c.ſequenti latius habetur.

4 Huncque ſenſum eſſe neceſſariò retinendum illud euincit,quod ſi ſecus dicamus,ex hoc tex. probabitur actorem non poſſe alijs probationibus vti ad ſuam intentionem probandam,quam confeſſione aduerſarij in iure facta, inquit enim text. *ea ad probationem tantummodò ſufficere,quæ ab aduerſa parte fuerunt apud iudicem expreſſa.*

5 Verba tex. *in c.de hoc 11.de ſimon.* ſic ſe habẽt, *q͂ ſi manifeſtum eſt ob cauſam illã promiſſa recepiſſe, aut exindè confeſſi fuerunt in iure, aut legitimè conuicti, ab altaris miniſterio ſunt perpetuò deponendi.*

Reſpondeo in hoc text. diſtingui confeſſum ab eo, qui conuinctus eſt,& ideò dum de cõfeſſo agit, addit illa verba in iure, quia, cũ quis delictum in iure inficiatur, non punitur vti confeſſus, etiamſi teſtes idonei dicant ipſum extra ius affirmauiſſe ſe ſe auctorẽ criminis eſſe, ſed vti conuictus damnatur, & proindè ex hoc tex. nihil contra nos elici poteſt, quia licet admittamùs ex eo probari reum huiuſmodi confeſſum dici non debere, negamus tamen ex ipſo poſſe colligi,eum non poſſe diciplenè de crimine conuinctum, quod eſt illud, quod quærimus.

6 Ad tex. *in l.cum falſa 5. C.de iur.& fact.ignor.* reſpondeo, eum agere de confeſſione,de cuius falſitate conſtabat, vt ex eius verbis liquet, inquit enim, *Cum falſa demonſtratione mutari ſubſtantia veritatis minimè poſſit, reſpondendo id, quod paternum erat ex maternis eſſe bonis, nihil egiſſe*, immò ſi acutè text. perpendatur,noſtræ ſententiæ fauet.

7 Poſtremò non obſtat *l.certum, §. etſi fundum, ff. de confeſſ.* quia loquitur ad effectum,vt quis pro iudicato habeatur, vt es ipſius verbis conſtat,inquit enim. *Etſi alia quacunque actione, dum quis conuenitur, confiteatur, dici poteſt in his omnibus ſubſequi Pretorem voluntatẽ orationis D. Marci debere: & omne omninò, quod quis confeſſus eſt pro iudicato haberi.*

Et proindè non facit ad rem noſtram, quia termini noſtræ quæſtionis, & tituli de confeſsis longè differunt,vt expoſui in c.ſequenti.

8 An verò confeſsio, de qua agimus noceat, ſi non conſtiterit de cauſa, qua motus fuerit is qui auctorem ſe eſſe delicti confeſſus fuit tractant Butr. *in c. at ſi clerici, num.28. de iudic.* vbi Abbas *num.16.* & alij de quibus Maſcard. *concluſ.345.num.2.* Farin. *q.82.num.31.& 32.*

Reſpondeo cauſas delictorum occultas pletunque eſſe; cupiditates enim,& affectus humani, qui ſcelera pariunt, ſępè abſcõditi ſunt, & proindè mala conſequentia eſt,non cõſtat de cauſa,cur deliquerit, igitur falſa eſt confeſsio, & cum hac opinione, quam multi grauiſsimi DD. tenent, ẽt concordat Farinac. *nu.35.* & ideò retinenda eſt in iudicando.

Confeſſio, vt noceat confitenti, an neceſſarium ſit eius aduerſarium præſentem eſſe ad l.final. ff. de interrog. act. ad l.6. §. ſi quis abſente, ff. de confeſſ. *Cap. XIIII.*

1 INualuit apud noſtros opinio confeſsionem nobis non nocere, niſi is, cui confeſsio prodeſt fuerit præſens, per tex. *in l.fin.ff.de interrog. act. & in l.6.§.ſi quis abſente,ff.de confeſſ.* cui ſententiæ ne aſſentiar, illud facit, quòd vis, ac poteſtas confeſſionis ex eo pendet, quòd ore proprio aduerſarius meus faſſus fuit verum eſſe id, in quo intentio mea conſiſtit. Audi Iuſtin. Imp. *in l.generaliter,C.de non numer.pec.*

Nimis enim indignum eſſe iudicamus, quod ſua quiſque voce dilucidè proteſtatus eſt, id in eundum caſum infirmare,teſtimonioque proprio reſiſtere.

Cum enim huius rei vim nihil planè minuat abſẽtia mea,nulla certè cauſa eſt, cur huiuſmodi pręſentiam requiramus, vt confeſſio aduerſarij mei voce facta ei obſit.

2 Nec contrarium probant leges ex aduersò allegatæ,nam quod pertinet *ad l. fin. C.de interrog. act.* meminiſſe oportet eum, qui interrogatus in iure reſpondet ſe ſe hæredem eſſe,teneri etiam ſi hæreditas ad alium pertineat, *l.& quia 6.l.ſi deſenſor 10. l.de etate 12.§.1.& §.ex cauſa ſucceſſionis,ff.de interrog. act.* & ideò, cum quæritur, an interrogatio in iure facta,an ſit hæres,alteri proſit,illud quęrimus, an actionem,quam interrogationi reddita reſponſio parit,poſsit quis alteri acquirere, quod cum leges noſtræ non permittant, *§. alteri, Inſt. de inutil. ſtipul.* meritò dicitur *in d.l.fin.* interrogationem vnius alijs nõ prodeſſe,quia in ea agebatur de actione, quam reſponſio interrogati, qui alias non fuiſſet obligatus,pepererat. Audi verba textus.

Procuratore Cæſaris ob debitum fiſcale interrogante,vnus ex filijs, qui nec bonorum poſſeſſionem acceperat,nec hæres erat, reſpondit ſe hæredem eſſe,an quaſi interrogatoria creditoribus cæteris teneretur, reſpondit ab ijs,qui in iure non interrogaſſent ex reſponſo ſuo conueniri non poſſe.

3 Cum enim ageretur aduerſus filium, qui patris hæreditatem non cęperat, vtique nulla alia erat ratio,qua teneri poſſet,quam quia reſponderat ſe hæredem eſſe, quod apertè indicat I. C. dum ait, *Ab ijs, qui in iure non interrogaſſent ex reſponſo ſuo conueniri non poſſe.*

Non pertinet ergo hic tex. ad quæſtionem noſtram, quia nos agimus de ea confeſsione, de cuius veritate nulla ſit vrgens ſuſpicio, cum enim tunc ius non oriatur ex confeſsione,ſed ex contractu vel quaſi, ex delicto vel quaſi, vel ex teſtamento, aut priuilegio cuius virtute agitur, non conuenit ratio illa alteri per alterum ius quæri non poſſe, quoniam ius noſtrum non dependet ex ipſa confeſsione, per eam enim ſolum in aperto ponimus illud factum,ex quo ius noſtrum ducimus.

4 Neque etiam noſtræ ſententiæ nocet tex. *in d.l. 6. §. ſi abſente*, quia animaduertendum eſt cautum eſſe,vt is,qui in iure confeſſus fuit pro iudicato habeatur, *l. 1. l.3. in fine, ff. de confeſſ.* hoc eſt, vt eius cauſa per rẽ iudicatã cõtra ipſum terminata cẽſeatur, ſtatim atque ſe debere in iure confeſſus fuit, & ideò ei non licet amplius appellare, etiamſi aliàs id permiſſum fuiſſet. *vide d. l.6. in princ. verſ. dabitur, & in fine, & in l. vnica, C. eod. tit.* hoc enim beneficium, cum non poſsit quis acquirere, niſi per ſe, aut per alium, vtique euidens cauſa eſt, cur is, qui non fuit præſens, dum eius aduerſarius in iure confeſſus fuit, non poſsit ex huiuſmodi confeſsione

confe-

consequi, vt pro iudicato habeatur, ad hunc autem effectum loqui tex. *in d. §. si absente*, eius verba eum cont, sic enim se habent. *Si quis absente aduersario confessus sit, videndum, nunquid non debeat pro iudicato haberi, quia nec qui iurat de operis obligatur, nec quis solet absenti condemnari.*

Cum ergo I. C. restrictè loquatur quò ad effectum, vt confessus pro condemnato habeatur, non est allegandus in quæstione nostra, in qua solum quærimus, an confessio faciat fidem contra confitentem, hoc enim vt fiat non est necesse, vt confitens obligetur aduersario, sed satis est, vt ipse sua voce id ipsum protestatus fuerit, quod in intentione eius continetur, qui confessione huiusmodi vtitur.

Concludo igitur indistinctè verum esse confessionem, vt vim habeat ad plenè probandum, verũ esse id, quod in ea continetur, præsentiam partis non esse necessariam, hancque sententiam, vt euidenter veram, eruditos viros amplexuros esse non ambigo.

Nec his aduersatur tex. *in c. fin. de success. ab intestato*, quia ibi agebatur de confessione Rectoris parochialis, per quam bona, quæ aliàs debita erant suæ Ecclesiæ, in alium transferrebantur, *vt in vers. si verò legitimè probauerit*, & proindè aliundè oritur defectus confessionis.

An pœna delicto per legem constituta minuenda sit ob minorem ætatem eius, qui deliquit ad l. auxilium, §. in delictis, ff. de minoribus, *& an minores cõtineantur in legibus municipalibus pœnas constituentibus. Cap. XV.*

1 MAximi momenti est disputatio, an, & quando liceat iudici minuere pœnam ei, qui deliquit ob minorem eius ætatem, de qua etsi luculenter multi ex nostris tractauerint, & præcipuè Oddus *de restitut. in integr. q. 80. artic. 9.* Thessaur. *decis. 161.* Farinac. *q. 92.* Menoch. *de arbitr. cas. 329.* non inutilis tamẽ erit labor hic noster, multa enim ab alijs non animaduersa, in his scriptis reperies.

Cõtra minores extant clara iuris testimonia, eis scilicet in delictis propter ætatem non subueniri, & in primis occurrit tex. *in l. si ex causa 10. §. nunc videndum, ff. de minor.* dum inquit.

Et placet in delictis minoribus nõ subueniri, nec hic itaque subuenietur, nam, & si furtum fecit, vel damnum iniuria dedit, non subuenietur ei.

2 Secundò est tex. *in l. impunitas 7. C. de pœn.* dum inquit. *Impunitas delicti propter ætatem non datur, si modò in ea quis sit, in quam crimen, quod intenditur, cadere potest.*

Tertiò affertur tex. *in l. si quis te reum 6. C. ad l. Cornel. de sicar.* quæ sic loquitur, *Si quis te reum legis Corneliæ de sicarijs fecerit, innocentia purgari crimen, non adulta ætate, defendi conuenit.*

Quartò idẽ habetur *in l. 1. C. si aduers. delict.* cuius verba hæc sunt, *Licet in criminibus quidem ætatis suffragio, minores, non debeat, etenim malos mores infirmitas animi non excusat.*

3 Quintò idem habetur *in l. 2. eod. titulo, C. si aduers. delict.* dum inquit, *Licet in delictis ætatem excusare neminem constet.*

Sextò ad idem pertinet *l. excipiuntur 14. ff. ad Sillan.* dum ait, *Qui verò ministri, vel participes cædis fuissent, & eius ætatis, quanquã nondum puberis, vt rei intellectum capere possent ijs, non magis in nece domini, quàm in vlla alia causa parci oportere.*

Septimò est tex. *in l. si minor 36. ff. ad l. Iuliam, de adult.* cuius verba hæc sunt.

Si minor annis adulterium commiserit, lege Iulia tenetur, quoniam tale crimen post pubertatem incipit.

4 Octauò concordat *l. si adulterium 38. §. fratres, ff. eod. tit. de adulter.* dum inquit.

Fratres denique Imper. Claudiæ crimen incesti per ætatem remiserunt, sed distrahi coniunctionem illicitam iusserunt, cum aliàs adulterij crimen non excusetur ætate. Nam & mulieres in iure errantes crimine non teneri, suprà dictum est, cum in adulterio commisso nullam habere possint excusationem.

Nonò est tex. *in c. 2. de delict. puer.* cuius verba hæc sunt.

Vnde, quoniam in pueris relinquitur inultum, quod in alijs prouectioris ætatis, humanæ leges dicunt seuerius corrigendum.

Ex his iuris nostri locis apertè constat minorem ætatem non suffragari ad effectum, vt impunitatẽ minores consequantur eius delicti, cuius eorum ætas capax est. An verò ex illis probetur eos teneri pœna ordinaria delicti videamus.

5 Atque breuiter, vt me expediam, affirmatiuam sententiam amplector, motus ex eo, quod habetur *in d. l. si ex causa 10. §. nunc videndum, de minoribus*, dum ait, *in delictis non subueniri minoribus placet*, cum qua concordatur *l. 1. & 2. C. si aduers. delict.* dum ait, *l. 1. Licet in criminibus quidem minores ætatis suffragio non inuentur.* verba autem l. 2. hęc sunt, *licet in delictis neminem excusari constet.*

Si enim minor ætas efficeret, ne minores ordinaria pęna tenerentur, vtique etiam verum esset, minoribus in delictis subueniri, eosque ætatis suffragio iuuari, & ob minorem ætatem excusari, quia minor ætas pœnam, quam alias subirent, plurimũ imminueret.

6 Hancque ratiocinationem verissimam esse ostẽdit tex. *in l. 2. C. si aduersus delictum*, reddens enim rationem, cur in criminibus minores ætatis suffragari non iuuentur, ait, *etenim malos mores infirmitas animi non excusat.*

Cum enim ratio a I. C. allegata ostendat, ipsos ob ætatem nõ posse a malis moribus excusari, euidentes vtique tex. probat eos teneri pœna ordinaria delicti, quia vbi excusatio non adest, ibi proculdubio locum habet pœna ordinaria.

7 Idem probatur *ex l. si minor 36. ff. ad l. Iuliam, de adult.* dum reddens rationem, cur minor teneatur pœna ordinaria *l. Iuliæ, de adulterijs*, inquit, *quoniã talẽ crimen post pubertatem incipit.* Si ergo minor punitur pœna ordinaria legis Iuliæ, quia ætas ipsius capax est huiusmodi delicti, idem erit in cæteris dicendum, quia I. C. non ex verbis legis, sed ex hac ratione colligit, minorem pęna legis Iuliæ puniri; eandem rationem cõsiderat Imperator ad probandum impuberem pęna furti teneri *in §. cum summa, Instit. de oblig. quæ ex delict.* & ante eum I. C. *in l. impuberem, ff. de furt.* & in crimine falsi eadem ratio consideratur *in l. impuberem 32. ff. ad l. Cornel. de fals.*

de falſ. huc etiam ſpectat tex. *in l.5.§.ſed etſi infans, ad l. Aquil. l.1. §. impuberes, C. de falſ. moneta.*

8 Hocque validè confirmat text. *in l. adulterium 38. §. fratres, ff. de adult.* dum reddens rationem, cur minor inceſtum committens excuſetur, cum ſecus accidat in adulterio, quia in adulterio, inquit, minor nullam pōt habere excuſationē, ætas enim non efficit, quin intelligat id, quod agit. Cum ergo hoc ſit ſatis, vt minor incidat in pœnas legis Iuliæ, manifeſtum eſt ætatis excuſationem non poſſe efficere, ne minor pœna ordinaria puniatur, quia, ſi quid eſt, quod excuſationem in minore mereatur, eſt libido, quæ potiſſimum iuuenes exagitat, qua de cauſa ex noſtris non defuerunt, qui crediderint, licet non rectè, in delictis huiuſmodi potiſſimum minores a pœna ordinaria excuſari. vide Odd. *d. q.80. num.1. & ſeq. & poſt num.19. & 20.* Cald. *in d. l. ſi curatorem, in verbo vel aduerſarij dolo, nu. 61. in fine.* Socin. iun. *conſ.7. lib.3.* & alios de quibus Farinac. *d. q.92. num.15.* quorum ſententiam præter leges prædictas clarè reijcit tex. *in l. auxilium, §. in delictis. ff. de minoribus,* dum inquit.

Sed vt ad legis Iuliæ de coercendis adulterijs præceptum veniamus, vtique nulla deprecatio adulterij pœnæ eſt, ſi ſe adulterum fatetur.

Atque ita rectiſſimè ſentit Farinac. *d. quæſt. 92. num.78.*

9 Tertiò eadem opinio apertè probatur *ex l. excipiuntur, ff. ad S.C. Sillanian.* agitur eo loci de ſeruis impuberibus, qui cædis domini ſui participes fuerunt, & ait I.C. eos puniri debere ſi modo intelligebant id quod egerunt, puniri inquam eos debere pœna ordinaria, nec ſub prætextu ætatis veniam mæreri, ſicut nec in cæteris merentur, verba I. C. hæc ſunt.

Qui verò miniſtri, vel participes cædis fuiſſent, & eius ætatis, quanquam nondum puberes, vt rei intellectum capere poſſent, ijs non magis in nece domini, quā in vlla alia cauſa parci oportere; habemus itaque legem apertam, propter ætatem non oportere parcere ei, qui intelligit delictum, quod committit, nec in cæde domini, nec in vllo alio delicto, quod ſi hoc verum eſt, apparet excuſationem non afferre ætatem in delictis cum quis intelligit id, quod agit, nec minorem ætatem ſatis eſſe, vt diſcedamus a pœna ordinaria quò reo parcamus.

10 Prædicta confirmat tex. *in l. auxilium, §. in delictis, de minor.* dum inquit, *in delictis minor annis 25. non meretur in integrum reſtitutionem, vtique in atrocioribus, niſi quatenus interdum miſeratio ætatis ad mediocrem pęnam iudicem perduxerit.*

Ex hoc loco duas habemus aſſertiones. Prima eſt in delictis non concedi reſtitutionem in integrū ei qui minor eſt, rationemque reddidit I.C. in verbis antecedentibus, dum dixit.

Et cum neque in delictis, neque in calumniatoribus Prætorem ſuccurrere oportere certi iuris ſit, ceſſabit in integrum reſtitutio.

11 Secunda aſſertio eſt, iudicem miſeratione ætatis ad mediocrem pęnam, cum de minoris delicto agitur, interdum perduci, ergo iure ordinario, & ex legis ſanctione, non eſt exemptus minor ex legibus pęnas delictis conſtituentibus, quò ad ordinariam pęnam, quia tunc non eſſet opus iudicis miſeratione, nec interdum, ſed plerunque mitiorem pęnam iudex minori irrogaret.

12 Diſſoluamus nunc argumenta, quæ in contrarium afferuntur, quorum primum eſt deſumptum *ex l. aut facta 16. ff. de pęnis,* dum ait, *in pęnis imponendis ætatis quoque rationem haberi;* hinc enim colligunt debere iudicem propter minorem ætatem diſcedere a pęna ordinaria, & quidem regulariter.

Reſpondeo I.C. ibi exponere circunſtātias, quæ augent, vel imminuunt delictum, & inter has ponit ætatem, nam ex ętate quoque delictum aliquando augetur, vel minuitur.

Non eſt ergo hinc inferendum, ergo minor ętas regulariter minuit pœnam, quia cum I.C. hoc non dicat, nec ex eius verbis colligi poſsit, fruſtra ex hoc textu id colligere tentamus, maximè cum habeamus iura clara dicentia in delictis minorē ætatem non ſuffragari, niſi quatenus iudicem ad miſericordiā minor ætas perduxerit; aperta enim hæc iura ſunt, & clara, ex qoibus legem hanc declarari nemo iure inficiabitur.

13 Secundò adfertur regula *l. ferè in omnibus 109. ff. de reg. iur.* dum inquit, *ferè in omnibus pęnalibus iudicijs, & ætati, & imprudentiæ ſuccurritur.*

Reſpondeo in iure noſtro pęnalia iudicia non accipi eo ſenſu quo communiter a DD. ſolent appellari pro iudicijs nempè criminalibus, in quibus de vindicta publica agitur, hæc enim publica iudicia in legibus noſtris appellantur, vt conſtat *ex tit. ff. & Inſt. de public. iudic.* ſed accipiuntur pro iudicijs, in quibus actor vtitur actione perſecutoria pęnæ, quæ pęnalis actio dicitur, *vt in §. ſequens diuiſio, cum §§. ſeqq. Inſt. de act. & in tit. de perpetuis, & tempor. act.* & alibi ſæpè, & hoc ſenſu pęnalia iudicia accipit Paulus auctor *d. l. ferè, in l. pęnalia 125. ff. de regul. iur.* differentiamque iuris noſtri auctores feciſſe inter iudicia pęnalia, & ea quæ ſuper crimine pro vindicta publica fiunt, cum de excuſando minore agitur patet *ex l. ex cauſa, §. nunc videndum, ff. de minor.*

Huiuſmodi autem interpretatio ad hunc tex. neceſſaria eſt, aliàs ex diametrò aduerſatur legibus ſuprà adductis, in quibus expreſsè dicitur nō ſubueniri minoribus propter ætatem, hoc enim ex diametrò pugnat cum *d. l. ferè.*

14 Quòd ſi pertinacius velis defendere hunc text. intelligi debere de iudicijs criminalibus, aliam adferram reſpōſionem, nempè tex. non declarare, de qua ætate loquatur, & ideò ex alijs legibus petendum eris, quæ cum expreſsè declararent minorem ætatem non pręſtare excuſationem in delictis, quorum hæc ætas capax eſt, vt ſuprà luculenter oſtendi, neceſſariò ſequitur text. noſtræ ſententiæ non nocere.

15 Tertiò mouentur ex eo, quod hæc ætas captionibus ſubiecta eſt, quia modici conſilij eſt, *l.1. ff. de minorib.* ergo digna eſt vt ei ſubueniatur.

Reſpondeo malos mores ex infirmitate conſilij non excuſari, vt in propoſito ait *l.1. C. ſi aduerſ. delict.* & fruſtra implorari auxilium legis ab eo, qui contra præcepta legis facit, vt ad rem noſtram ait *l. auxilium, §. in delictis, in fine, ff. de minor.* & ideo ſatis eſſe iuris noſtri conditoribus viſum eſt, vt quis incidat in pęnas a legibus conſtitutas ſi eius delicti,

quod

quod cōmisit capax sit, *l. si minor, ff. de adult.* hoc est si intelligat id, quod agit, *l. excipiuntur, ff. ad Sillan.* cum alijs allegatis supra num. 7.

16 Ostendimus ætatem minorem 15. annis non efficere, quò minus is, qui deliquit incidat in pœnas a legibus constitutas a iure cōmuni; videamus nunc, an idem sit dicendum in pœnis a legibus municipalibus constitutis, de qua re tractant Zabarell. *in c. 1. in 1. not. vers. nota singulariter, de delict. puer.* vbi Io. de Anna *num. 3. 5. & 6.* Abb. *nu. 4. & 5.* Soc. *nu. 10.* Gerard. Mazol. *consf. 64.* Simoncell. *de decretis lib. 1. tit. 6. num. 83.* Zuccard. *in Rub. C. qui admitt. nu. 13.* Farinac. *q. 92. a nu. 144.*

17 Aut lex municipalis loquitur in rem, aut in personam, si in rem loquatur, dicendo hæc, vel illa sit pœna, huius, vel illius delicti, puta homicidij, stupri &c. & tunc existimo minorem ætatem non efficere, ne ipse in dispositione statuti contineatur, & per consequens eum pœnæ ordinariæ subijci.

Fundamentum huius assertionis in eo consistit, quia verba statuti ad vnguē verificantur in minore, de quo agimus, cum sit capax delicti, quod a statuto punitur. Hanc rationem deduco *ex l. Si minor, ff. ad l. Iul. de adult.* dum inquit, *Si minor annis adulterium commiserit lege Iulia tenetur, quoniam tale crimen post pubertatem incipit.* non enim aliundè I.C. colligit eum in lege Iulia comprehendi, quàm, quia capax est adulterij; si enim hæc ratio satis fuit I.C. ad probandum minorem in lege Iulia generaliter loquente contineri, satis quoque nobis erit, vt contineatur in lege de qua agimus, cum nulla adsit differentiæ ratio.

Et ita ante me docuit Hip. Rim. *tom. 1. consf. diuers. crimin. consf. 135. num. 13.*

18 Si verò statutum loquatur in personam; dicendo, si quis occiderit, furatus fuerit &c. puniatur hac vel illa pœna, & tunc verba ipsius statuti perpendenda sunt, quod si vniuersalia sint, dubio procul est minorem delicti, de quo agitur, capacem contineri in eius dispositione, quia vniuersalis sermo suaptè natura omnes complectitur, etiam si aliàs non continerentur. vide gloss. *in Extrauaganti ad reprimendum, §. ad hoc verbo conditionis.* Hancque assertionem extra dubitationem esse reor, quia, cum legislator sciret controuerti inter DD. an minores in legibus pœnalibus contineantur, dignus nota esset vtendo sermone vniuersali, si eos noluisset contineri, ad quam sententiam firmandam pertinent ea quæ habentur infra num. 4. & 5.

Idem est dicendum, cum verba non sunt vniuersalia, sed tamen valdè prægnantia, eum enim natura legis sit omnes complecti, *l. iura generaliter, C. de legibus*, euidens est illius auctorem per verba prægnantia voluisse complecti eos, de quibus aliqua poterat excitari dubitatio, an sub lege continerentur, & per consequens huiusmodi verborum conceptio continebit etiam minores, de quibus circa hoc contingit dubitari.

19 Si verò generaliter lex concipiatur pro minore vrget id quod dici solet in generali sermone non veniunt ea, quæ sunt digna speciali nota, iuxta not. per gloss. & DD. *in Rubr. C. de seruit. & aqua.*

Contra minores autem vrget, quod dum leges nouæ pœnales constituuntur, est euidens signum non sufficere leges communes ad compescendam hominum prauitatem, quod si ita est, nulla videtur causa, cur indistinctè asseramus minores non contineri in his legibus, cum minor ætas, propter natiuam eius pætulantiam, magno freno indigere videatur.

20 Quid dicendum? Aut lex noua imminuit pœnas a legibus veteribus constitutas, aut illas auget, vel punit id, pro quo certa pœna non fuerat constituta.

Si agimus de lege minuente pœnas legis veteris, inspiciendum est, an in lege vetere minores continerentur; si enim eos lex vetus complectebatur, nulla causa est, cur negemus eos in noua contineri, & econtra, quia si statuti auctor voluisset in hac etiā parte derogare iuri communi, id fecisset apertis verbis.

21 Si verò dubium sit, an lex vetus minores contineat, quia ex vi verborum non potest colligi, perpendenda erit natura delicti, iuxta ea quæ in seq. capite habentur.

Quod si lex noua pœnas a veteribus legibus cōstitutas augeat, & tunc puto verum esse euidenter eam complecti minores, cum enim lex ostendat magnum esse numerum eorum, qui delictum huiusmodi committunt, vel periculum esse, ne multi in illud incidant, euidens apparet ratio comprehendendi minores, quia cum hi propter ætatis inconsultum calorem facilius delicta committant, magis quam cæteri freno indigent; eadem ratio babet locum quando statutum pœnam statuit delicto, quod ex legibus veteribus non puniebatur, quòd si agatur de ferrentibus arma, de vulneribus, homicidijs, de delictis carnis, & criminibus, quæ a iuris petulantibus, & noctambulis plerumque committuntur, euidentissima est hæc assertio, quia, cum minores facilius, quam cæteri, in hæc delicta incidāt, dignus reprehensione esset legis auctor, si eos sub lege contineri noluisset.

22 De lege indiffinitè loquente videamus, in qua idem esse reor, quod in lege generaliter loquente esse obseruādum diximus, cum non minor sit vis indifinitæ orationis, quàm sit sermonis generaliter concepti, iuxta tradita per Bart. *in l. si pluribus, de leg. 1.* Cagnol. *in l. 1. a num. 7. de regul. iur.* Abb. & Felin. *in c. auditis, de præscript.* Couar. *lib. 1. var. c. 15. a num. 5.*

Quod si extiterit lex, quæ statuat minores 25. annis in contractibus, alijsque actibus maiores cēseri, si 20. annos attigerit, prout extat Romæ, Florentiæ, Pisis, Lucæ, & alibi, dubitatione carere opinionem prædictam existimo, cum enim minori facilius subueniatur in illis, quę delicto carent, quam in delictis, *l. 1. C. si aduers. delictum, l. auxilium, §. in delictis, ff. de minor.* vtique adempto minoribus auxilio, restitutionis in integrum, debet censeri ademptum auxilium, quod nostri concedi dicunt ei, qui minor est in delictis, quia absurdum est affirmare minoribus ademptum esse id, quod facilius conceditur, & fuisse conseruatum id quod difficilius eis fuit concessum.

23 Rem clarius declaro, infirmitas mentis eorum, qui 25. annos non compleuerunt, in causa est, vt eis concedatur restitutio in integrum, si læsi fuerint, *l. 1. ff.*

l. 1. ff. de minor. eadē efficit secundum nostros DD. vt mitius in delictis puniantur, cumque statutum huiusmodi tempus coarctat; vtique existimat eos, quibus statutum fertur, citius, quam olim fieret, sagacitatem, & solertiam ad negotia sua tractanda adipisci.

Hoc ergo statuto declaratur eos, qui ætatem huiusmodi attigerint non esse, vt plurimum, adeò infirmo consilio, vt beneficio restitutionis indigeāt, ergo declarat eos indignos esse eo auxilio, quod minoribus in delictis dari debere DD. dicunt, quia hoc auxilium difficilius, quam restitutio conceditur, *vt in d. l. 1. & in d. l. auxilium* habetur, quod etiā probatur *ex l. excipiuntur, ff. ad Sillanian.*

24 Idem est dicendum, si extet statutum iubens statuta secundum corticem verborum, vel secundum litteram, vel prout iacent, intelligi, vel si caueatur statuta intelligi debere nihil extrinsecus addendo. Nam, licet propter hoc non censeatur adēpta interpretatione, quæ necessaria est ne statutum iniquitatem, aut absurditatem contineat, ad tradita per Alciat. *de verbor. signi. lib. 2. num. 65.* Io. Bapt. de S. Seuerino *in l. omnes populi, a num. 276. de iust. & iure.*

Non tamen admittunt alias interpretationes, sine quibus lex nihil absurdi, vel iniqui continet, vt luculenter ostendi libro 2. c. 11. Et per consequēs non patitur nos verba statuti, quæ vi sua continēt, etiam minores sic exponi, ne ipsi contineātur, quoniam lex iusta est, etiam si minores contineant; hoc enim in hac disputatione semper supponendū est.

25 Idem dicendum esse reor, cum statutum vetat inquiri rationes eorum, quæ statuta fuerunt, prout esse Ianuæ audio, quoniam statutum, quod voluit tollere disputationes, quas ex ratione statutorum aduocati colligere solent, vtique voluit eam interpretationem præualere, quam verba secundum vim suam indicant, & quidem, vt mihi videtur prudentissimè, secūdum quam interpretationem, cum contineantur minores in statutis, de quibus agimus, nulla causa est, cur eos excludere velimus.

De potestate, & officio iudicis in minuēda pœna ob minorem ætatem ad l. auxilium, §. in delictis, ff. de minor. *Cap. XVI.*

1 Ostendimus, ni fallor, in capite antecedenti, minores contineri in legibus communibus, & municipalibus pęnas delictis imponentibus, agemus nūc de potestate iudicis circa diminutionem pęnæ ob ætatem minorem, quæ res disertis verbis explicatur *in l. auxilium, §. in delictis, ff. de minoribus*, dum inquit.

In delictis autem minor annis 25. non meretur in integrum restitutionem, vtique in latrocinibus, nisi quatenus interdum miseratio ætatis iudicem ad mediocrem pœnam perduxerit.

2 Si regulariter, & indistinctè iudex deberet minuere pœnam ob minorem ætatem, non diceretur interdum miseratione ætatis ab ordinaria pœna discedi, quia, quod interdum fit irregulare est, & extraordinarium, *l. 1. ff. de reg. iur.*

Pœnam ergo tunc solum minuet iudex ob minorem ætatem, cum eiusmodi casus incidit, vt delicti, personarumque qualitas, & cæteræ circunstantiæ id fieri postulabunt.

Atque ita docuerunt multi graues auctores, de quibus per Vulpell. *cons. 101.* qui luculēter hanc opinionem tuetur, eandem sequuntur Ioseph. Lud. *decis. Lucens. 17. num. 63.* Menoch. *de arbit. iud. cas. 329. num. 9.*

3 Cauendum est ergo ab illis, qui dicunt iudicem debere omninò minuere pœnam propter minorē ætatem, de quibus Grammatic. *decis. 23. nu. 12. & in const. de restit. minor. num. 7.* Bertazol. *cons. 378. num. 7. & cons. 492. num. 4. lib. 2.* Odd. *de restit. in integr. q. 80. num. 93.* Franc. *decis. 230. num. 1.* Farin. *quæst. 92. num. 163. & num. 165.* quia hæc opinio apertè aduersatur rationi, quam leges nostræ in hac materia considerant, ad incurrendam nempè pœnam ordinariam satis esse, vt reus eius ætatis sit, vt intelligat id, quod agit, vtque delicti sit capax, vt *in l. excipiuntur, ff. ad Sillan. in l. quod si minor, ff. ad l. Iul. de adulter.* cum alijs allegatis in c. antecedenti, num. 7. & quia mali mores ob ętatem excusationem non męretur, *l. 1. C. si aduers. delict.* hæ enim rationes, cum plerunque contra minores vrgeant, vtique non potest firmari regula ad fauorem minorum, vt in delictis propter ætatē ipsis sit subueniendum, sed regula contraria erit statuenda, vt nostri iuris auctores re ipsa fecerunt, ipsi enim non vno loco per modum regulæ dixerunt, & quidem verbis disertis minoribus in delictis nō esse subueniendum. *vide l. si ex causa, §. nunc videndum, l. auxilium, §. in delictis, ff. de minor. l. 1. & 2. C. si aduers. delict. l. excipiuntur, propè finem, ff. ad Sillanianum*, aduersus quam regulā nihil magis contrarium adferri potest, quàm id, quod aduersarij affirmant, debere scilicet omninò iudicem minuere pęnas propter maiorem ætatem.

5 Et hæc opinio, cum sit euidenter vera, in iudicando, retinēda est, quicquid auctores allegati dixerint, quia plus valent leges, quam DD. auctoritates, eoque facilius id facere debet iudex, quia cū illi, qui intra minorem ætatem constituti sunt, magis quàm cæteri freno indigeant, contra vtilitatem publicam est huiusmodi opinio, quæ eis indistinctè in delictis subueniri vult, quod cū a Prorege Regni Neapolitani optimè intelligeretur anno 1558. edidit pragmaticam, in qua reiecta hac sententia, eam, quam nos defendimus probauit, vt testatur Vincent. Franc. *decis. 230.*

6 Explicare nunc oportet, quid iudex præ oculis habere debeat, cum quæritur, an minori propter ætatem pęna sit minuenda, idque, vt mihi videtur, non obscurè iuris nostri auctores non vno in loco insinuant.

Et primò *in l. si adulterium 38. §. fratres, ff. ad l. Iul. de adulter.* cuius verba hæc sunt.

Fratres denique Impp. Claudiæ crimen incesti per ætatem remiserunt: cum aliàs adulterij crimen non excusetur ætate. Nam, & mulieres in iure errantes incesti crimine non teneri suprà dictum est, cum in adulterio commisso nullam habere possit excusationem.

Vides in hac lege distingui adulterium ab incestu, in hoc quandoque excusationem admitti I. C. asserit, in illo autem ait excusationem nullam posse minores habere, & exponens, cur in incestu excusatio

excusatio quandoque admittatur, ait. *Nam mulieres in iure errantes incesti crimine non teneri suprà dictū est.* Excusatio igitur, quæ minori ad minuendam pęnam sufficiat in eo consistere debet, quòd ipse ignorauerit esse delictum, id quod facit, quod cum respectu adulterij accidere non possit. Ideò concludit minorem nullam excusationem habere posse in crimine adulterij.

7 Confirmantur hæc *ex l. auxiliū, §. in delictis, ff. de minor.* postquam enim dixit miseratione ætatis iudicem quandoque perducere pęnam ad mediocritatem, inquit.

Sed vtique nulla deprecatio adulterij pœnæ est, si se minor annis adulterium fateatur, &c. & non sit ætatis excusatio aduersus præcepta legum ei, qui dum leges inuocat, contra leges committit.

Hæc ratio si intelligatur de eo, qui ignoranter deliquit, vtique ad omnia crimina pertinet, inter quæ tamen I. C. differentiam constituit, & proindè ad eos solos referenda est, qui scienter delinquunt, quod etiam ostendunt illa verba *contra leges committit*, iuxta tex. *in l. non dubium, in princ. ff. de legib.* & ideò sensus I. C. hic erit.

Licet ad fauorem minorum in delictis nullum remedium inuentum sit, iudex tamen miseratione ætatis interdum pœnā mitigat, quod tamen in pęnis adulterij nunquam admittitur, quia frustra legis benignitatem implorat is, qui scienter delinquendo legem offendit.

8 Confirmantur prædicta *ex l. excipiuntur, ff. ad S. C. Sillan.* dum inquit.

Qui verò ministri, vel particeps cædis fuissent, & eius ætatis, quamuis nondum puberis, vt rei intellectus capere possent; ijs non magis in cæde domini, quàm in nulla alia causa parci oportere.

Ad hoc enim vt pœna ordinaria non minuatur ei, qui particeps fuit cædis domini, sufficit, vt intelligat se delinquere, igitur in hac materia iudex debet ante oculis habere, an minor cognouerit se delinquere, in hac inquam materia, nulla facta delictorum distinctione, nam tex. inquit.

Iis non magis in cæde domini, quàm in nulla alia causa parci oportere.

9 Ratio autem disertè proponitur *in l. 1. C. si adu. delict.* dum inquit.

Licet in criminibus quidem ætati suffragio minores non viuentur, etenim malos mores infirmitas animi non excusat.

Neque enim negari potest malis moribus praditum eum esse, qui scienter delinquit.

10 Et ex his intelligimus, an in atrocissimis liceat iudici ob minorem ætatem minuere pœnā, si enim minor aliqua ratione deceptus ignorauerit rei veritatem, nec intellexerit delictum a se committi, dubio procul ei poterit subueniri, si verò eiusmodi res sit, vt velari rei veritas non possit, quò minus minor intelligat se delinquere, non erit ei subueniendum.

Distinctionem hanc apertè probat text. *in d. l. si auxilium, §. diui fratres, ad l. Iul. de adult.* dum enim rationem exponens, cur mulier minor incestum committens, quandoque excusetur, cum sit secus in adulterio, non confugit ad grauitatem delicti, sed ad rationem suprà expositam, crimen scilicet incestus errore iuris velari posse adulterium, verò nulla ratione potest abscondi, qua de re latius agitur infrà c. 18.

Qua pœna possit iudex minorem punire.
Cap. XVII.

1 Videamus nunc qua pœna minorem iudex puniri possit, quæ disputatio frustra suscipitur apud eos, qui sequuntur nostras de hac materia opiniones firmatas in antecedentibus capitibus, non inutilis tamen erit apud eos, qui aliud sentiunt.

Minorem deportatione puniri, quandoque posse exploratum est, nam *in Instit. quibus mod. tutel. finit.* habentur hæc verba, *Item finitur tutela, si adrogati sint adhuc impuberes, vel deportati*, ex quo tex. hoc colligunt Igneus, Aldobrandinus, & Carerius, quos refert, & sequitur Farinac. *quæst. 92. num. 169.*

2 Et ideò non erit dubitandum minori bona posse confiscari, quia deportatio publicationis bonorum pœnam continebat, *l. 1. ff. de bon. damnat. l. relegatorum 7. §. hæc est differentia, ff. de interd. & relegat. l. 2. & 3. ff. de sent. pass. cum similibus.*

Cumque deportatio fieret quousque deportatus viuebat, & quidem in Insulas asperiores, & desertas, *vt in l. relegatorum, §. hæc est differentia, vers. sed & in eas partes, ff. de interd. & relegat.* non est dubitandum permissum esse minorem in perpetuum relegare, quæ pœna hodie frequens est in locis insalubris, ac desertis.

3 Sed an ad mortem vsque pęnam contra minorem statuere possit iudex videamus: si retinemus eas opiniones, quas suprà defendi, nō erit dubium id licere, nam si admittimus contineri in legibus pęnalibus, nec indistinctè debere iudicem eis minuere pœnam, necessariò sequitur non rarò posse minorem pęna mortis puniri.

Si verò sequamur eorum sententiam, quæ docet iudicem debere regulariter pęnam minori mitigare, non sine ratione dubitatur, an pęna mortis possit minori infligi, quia mediocritas illa, quam minor ætas introducit, iuxta tex. *in d. l. auxilium, §. in delictis, ff. de minor.* non videtur verificari in ea pœna, quæ summum supplicium continet, atque ita plures ex nostris docuerunt, de quibus Farin. *q. 92. a num. 167. ad num. 172.*

4 Distinctione adhibita commodissimè hæc dubitatio explicatur, aut enim agitur de delicto, pro quo simpliciter pęna mortis infligitur, aut de eo, in quo genus aliquod mortis asperioris imponitur. Primo casu vera erit eorum sententia, qui negant pœnam mortis non posse in minorem infligi per rationem allegatam.

Altero verò casu aliud erit dicendum, quia plectendo maiorem pœna mortis mitioris, procul dubio iudex rectè dicitur pœnā ad mediocritatem redegisse miseratione ætatis, nā respectu mortis per ignem, vel alio seueriori modo infligendæ, mediocris censetur pęna, quæ per laqueo, aut gladio infligitur, vel securi.

5 Huicque sententiæ fauet plurimum tex. *in l. excipiuntur, ff. ad Sillan.* ibi enim, cum dixisset seruum impuberem, qui celauerat mortem domini vltimo

 suppli-

ſupplicio eſſe afficiendum, quærit, an ſerui impuberes participes cædis domini ſint pœna mortis pleƈtendi, reſpondetque affirmatiuè, ſi modò intelligunt id, quod agunt, & inquit, *ijs in nece non magir domini, quàm in nulla alia cauſa parci oportere.*

Atque ita obſeruatum fuiſſe Romæ conſtat ex Vulpello *conſ.* 101. ex Ioſeph. Lud. *deciſ. Lucenſ.* 17. *unm.* 55. *iuncto num.* 72. ex Farinac. *d.q.*92. *nn.* 107. *ad finem*, & in Senatu Pedemontano Theſſaur. *deciſ.* 161. *num.* 2. *&* 3.

Et hęc diſtinctio eſt de mẽte plurium ex noſtris DD. qui docuerunt in atrociſſimis non ſubueniri minoribus, quos refert Farinac. *d.q.*92. *num.* 107. quæ opinio veriſſima eſt, vt in capite ſequenti habetur.

6 Sed quid ſi lege aliqua municipali caueatur minores debere pęna ordinaria puniri, licebit ne iudici a pęna ordinaria diſcedere, quod placet Sfortiæ Odd. *de reſtit. in integr. d. quæſt.* 81. *a num.* 33. Farin. *d.q.*92. *nn.* 190. qui loquũtur de Bulla Pij IIII. qua diſponitur homicidas pęna mortis puniri, ſi modò maiores ſint annis quatuordecim.

7 Hæc ſententia diſtinctione adhibita retinenda eſt, aut enim agimus de ea excuſatione, quæ delictum iuncta ætate minuere poteſt, veluti, ſi quis præ iracundia, dolore nimio, aut per errorem, metumvè, aut propter alterius malitiá deliquerit, aut de eo delicto quod his ex cauſis non proficiſcitur, & hoc caſu non eſt admittendum excuſationem ætatis prodeſſe, quia dum lex mandat reos puniri, non obſtante minori ętate, vtique non vult ętatem per ſe ſufficere ad mitigandum pęnam, quod vtique fieret ſi indiſtinctè minor ætas allegari poſſet, altero verò caſu ſecus eſt, quia cum in his caſibus ætas minorem culpam quandoque reddat, non eſt credendum legislatorem voluiſſe tollere iuſtiſſimam excuſationem.

Ideò autem dixi quandoque poſſe minorem excuſari, quia non ſemper id admitto, ſed eo ſolum caſu, quo non apparet ex malis moribus minoris delictum proceſſiſſe, ſed ex iuſto dolore, ex errore, aut ex aliqua ex cauſis allegatis. Mali autem mores in propoſito erunt, ſi ſolitus ſit cum grandioribus verſari, ferre arma, ludere alea, & alia agere, quæ nec decent, nec conueniunt in illa tenella ætate, tenella inquam ætate, quia poſt 18. annos rariſſimè puto poſſe iudicem excuſare minorem ſtante hac lege, niſi excuſatio ex illis ſit, quæ etiam maioribus proſunt.

8 Sed nunquid in hac materia de caſu ad caſum ſit procedendum: exempli gratia lex in aliquo delicto particulari ſtatuit non poſſe allegari minorem ætatem in ſimilibus, aut grauioribus, licebit ne eam allegare, in quibus eadem ſit ratio?

Affirmat Ioſeph. Lud. *deciſ. Lucenſ.* 17. negant Flam. Cartar. *de executione capto bãnito, c. fin. a nu.* 230. Farinac. *d.q.*92. *num.* 283. huicque opinioni adhæreo, quia, cum in ſtatutis multis verbis vti eorum auctores ſoleant, inueriſimile eſt ſtatuti auctores de vno tantum delicto loquutos fuiſſe, ſi de omnibus ſenſiſſent; & hæc opinio in d. conſtitutione Pij IIII. indubitatum exiſtimo, quia conſtitutiones recentiorum Summorum Pontificum non parcunt verbis, quò clariores ſint, & ideò incredibile eſt Pium IIII. de omnibus delictis ſenſiſſe, cum de homicidio tantum loquatur.

9 Item quæro, an pœna conſtituta contra auctorem criminis, vt minorem ætatem non poſſit allegare, habeat locum contra auxiliatorem, & conſultorem, eo caſu, quo cõſultor, & auxiliator pœna delicti tenentur? Quod verum puto, quia inter pœnas delicti hæc eſt, ne minor ætas poſſit allegari, ratio enim, quæ mouit legislatorem ad auferendum ei hoc beneficium, multò magis viget in auxiliatore, & conſultore, qui atrocitas delicti, non minus vrget contra eum, quam contra auctorẽ criminis.

Quod ſi lex particularis extaret, vt auxiliatores, & conſulatores punientur eiſdem pęnis, quibus principales puniuntur, vt eſt in ſtatu Pontificio, res expedita eſt, nam his legibus non ſatisfieret, ſi auxiliatori allegatio minoris ætatis prodeſſet, cum inter alias pœnas contra auctorem criminis conſtitutas, illa ſit, ne minor ætas allegari poſſit ad mitigandam pœnam.

In atrociſſimis delictis ætas minor an allegari poſſit ad minuendã pœnã, & an hæc allegatio poſſit ſuffragari in iudicio, in quo ad intereſſe agitur. Cap. XVIII.

1 CVm I. C. *in l. auxilium, §. in delictis, de minoribus*, apertè doceat, ét in atrocioribus poſſe iudicem interdum miſeratione ætatis minuere pœnam reo, ſolum ſupereſt tractare de delictis atrociſſimis.

In his autem delictis minorem ætatem non ſuffragari ſcribunt gloſ. Alex. & alij, *in d. l. ferè, ff. de regul. iur.* quam multi alij ſequuntur, de quibus Odd. *de reſtitutione in integr. q.* 80. *num.* 101. Farin. *q.*92. *num.* 107. *vbi nn.* 108. *teſtatur de magis comm.* & ſecundum hanc ſententiam pluries ſenſit Senatus Pedemont. vt per Theſſaur. *deciſ.* 165. *num.* 3. *verſ. & hanc opinionem.*

2 Contrarium tenent nonnulli, de quibus Farin. *d.q.*92. *num.* 103. quam ipſe ſequitur num. 106. & num. 108. pro qua nullum aliud fundamentum reperio, quàm id, quod deſumitur ex regula a noſtris firmata, quod in delictis minor ætas minuat pęnã, quæ tamen regula non eſt generalis, ſed reſtricta, nam textus, quo ipſi vtuntur *in l. ferè, ff. de reg. iur.* ſic inquit.

Ferè in omnibus pœnalibus ætati, & imprudentiæ ſuccurritur, & ideò non eſt admittendum eam habere locum in omnibus criminibus, & per conſequens non habebit locum in atrociſſimis, ſi enim vllum crimen excipiendum eſt, vtique illa excipiẽda ſunt, quæ ſunt atrociſſima, apertum ergo tex. habemus, intelligendo illum eo modo, quo pragmatici faciunt, in atrociſſimis non eſſe reo ſuccurrendum propter ætatem.

3 Secundò idem probatur *ex l. excipiuntur, ff. ad Sillanian.* dum apertè decidit ſeruos impuberes participes cædis domini pœna ordinaria vltimi ſupplicij puniri, ſi intelligant id, quid agunt, hoc enim non aliundè venire poteſt, admiſſa ea opinione, quam pragmatici ſequuntur, quàm ex atrocitate delicti, cumque tex. dicat *non magis in cæde domini, quàm in alijs cauſis impuberibus doli capacibus ſubueniri*, vt manifeſtè docet hæc lex etiam

intellecta

intellecta eo modo, quo pragmatici faciunt, non excusari propter ætatem impuberes doli capaces a pęna ordinaria, in delictis non minus atrocibus, quàm sit cędes domini.

4 Tertiò cum minor incidit in delictum atrocissimum, signum euidens est eum valdè malis moribus esse præditum, & per consequens excusatio ex ætate petitas ei non debet suffragari, *l. 1. C. si aduers. delict.* & ideò si delictum aliquod, ex atrocissimis, reperiatur, quod errore aliquo velari possit, aliud erit obseruandum, vt ostendi c. 16. a nu. 10.

5 Tractare nunc oportet, an excusatio, quam minor ætas in delictis tribuit, suffragentur, vt minor non teneatur ad interesse partis, cum culpa, non dolo, delictum fuit commissum.

Affirmatiuam partem tenent Marianus Socin. *in c. 2. num. 16 iuncto num. 18. in fine, & numero seq.* Odd. *de rest. in integrum, q. 81. a num. 26.* Farinac. *q. 92. num. 97. & num. 178.*

Pro hac sententia facit tex. *in l. 1. C. si aduersus delict.* dum in proposito distinguit inter delictum dolo commissum, & illud, quod culpa commissum fuit ad effectum concedendi restitutionem in integrum, concludendo in delicto culpa commisso restitutionem esse minori concedendam.

6 In contrarium vrget tex. *in l. 5. §. sed si infans, ff. ad l. Aquiliam,* dixerat I. C. furiosum, qui damnũ dedit, non magis teneri, quam si quadrupes damnum dederit, deindè mouet dubitationem circa damnum ab impubere datum, eique his verbis satisfacit.

Sed & si infans damnum id fecerit, Labeo ait, quia furti teneta r teneri, & Aquilia eum, & hoc puto verum, si iam sit iniuriæ capax.

Ex hoc text. is, qui a minore damnum accipit contra eum intentionem fundatam habet, etiamsi culpa careat, quia l. Aquilia tractat de illis, qui dãnum culpa dederunt, etiamsi nocere noluerit, vt in eodem tex. disertis verbis habetur, neque licebit

7 minori aduersus hanc legem petere restitutionem in integrum; huiusmodi enim postulatio, cum allegationem contineat erroris proprij, aut facilitatis nimiæ, aut aduersarij circumuentionem, *l. præfecti 18. in fine, l. non omnia 45. ff. de minor.* non potest ad eas causas pertinere, quæ culpam minoris continent, aliud enim error est, aliud culpa. vide *l. Diuus, vers. itaque, & vers. etenim, de restit. in integrũ.*

8 Idque non obscurè scribit I. C. *in l. si ex causa 10. §. nunc videndum, ff. de minorib.* dum inquit.

Et placet in delictis minoribus non subueniri, nec hic itaque subuenietur. Nam, et si furtum fecit, vel damnum iniuria dedit, non ei subuenietur furti. Sed si, cum ex damno dato confiteri possit, ac dupli teneatur, maluit negare, in hoc restituendus est, vt pro confessu habeatur.

Agitur hic de dãno iniuria dato, ergo agitur de pęna l. Aquil. hæc enim lex de damno iniuria dato tractat *l. 1. & 2. ff. ad l. Aquil. cum similibus,* quod etiam ostendunt illa verba, *Sed si cum ex damno dato confiteri possit, ne dupli teneretur,* nam l. Aquilia cautum est, vt inficiantes se damnum dedisse in duplum teneantur, *vt Inst. de act. §. ex maleficijs, vers. & legis, & l. 2. in princ. ad l. Aquil.*

Nec te turbet, quod cum iniuria non fiat sine animo iniuriandi tex. sit intelligendus de minore, qui dolo damnum dedit, quia cum de damno iniuria dato agitur, iniuria accipitur pro damno culpa dato, etiam si nocere noluerit. *vide l. 5. vers. iniuriã, ff. ad l. Aquiliam.*

Nec etiam te turbet, quod I. C. ex eo, quod dixerat in delictis minori non esse succurrendum, infert ad damnum iniuria datum, quia delictum in iure nostro accipitur etiam de eo, qui culpa aliquid mali patrauit, etiam si dolo careat. *vide l. 1. vers. si tamen delictum, C. si aduers. delict.* & ibi gloss. *in verbo delictum,* & post eam ibi DD.

9 Quod si agatur de minore, cuius facultates adeò largæ sunt, vt absque magno incommodo possit damno dato satisfacere, restitutio proculdubio deneganda est, maximè si is, qui damnum sensit pauper sit, nam magistratus, cuius religioni committitur, an restitutio sit concedenda, *l. quod si minor, in fine, de minoribus,* æquum, & bonum ante oculos habere debet in concedendo restitutionem, vt *in d. l. quod si minor,* disertè habetur, non potest enim negari ęquum, & bonum offendi, si patiamur pauperem in dãno manere, quod culpa minoris ei accidit, vt minori qui illud resarciendo non multum offenditur, subueniamus.

10 Ad tex. *in allegata l. 1. C. si aduers. delictum* respõdeo, eum non loqui de refectione damni a minore illati, nam postquam dixit noxiam non committi a minore, quotiescunque delictum non ex animo venit, sed extra, inquit.

Etiam si pœnę causa pecuniæ irrogetur: hæc enim verba, quæ amplificant sermonem ostendunt, non fuisse actum de refectione damni in verbis antecedentibus, quia tunc non ampliaretur sermo, sed diminueretur, longè enim facilius concedi debet restitutio aduersus pęnam, quam ad effectum, ne dãnum resarciatur.

Minor ętas an sit sufficiens ad minuendam pęnam in delictis iteratis, læsæ maiestatis, nefandi, falsi, monetæ falsæ, raptus. Cap. XIX.

1 VT institutæ disputationi de minore in delictis propter ætatem excusando plenè satisfiat, nonnulla supersunt explicanda, & Primò, an in delictis geminatis hmōi excusationi locus sit, quod placet Carer. *in praxi p. 2. trac. de homic. §. circa quartum,* post Marsil. *singular. 377.* geminari prope finẽ Ioseph. Lud. *decis. Lucens. 17. a nu. 82. p. 1.* Odd. *de rest. in integr. q. 80. nu. 98.* Farinac. *q. 92. num. 140.* qui tamen post Hip. Rim. *cons. 244. num. 30. lib. 3.* admittit quidem minorem hoc casu grauius puniri, quàm si alias non deliquisset, negat tamen eum pęna ordinaria posse puniri.

2 Contrarium, quod tunc minor excusationẽ propter ætatem non męreatur, docet Franc. Cald. *ad l. si curatorem habens, in verbo vel aduersarij dolo, num. 50. vers. quare ego,* cui me socium adiungo, motus *ex l. 1. C. si aduers. delictum act.* dum inquit.

Licet in criminibus quidem ætatis suffragio minores non iuuentur, etenim malos mores infirmitas animi non excusat.

Cum enim quis semel, & iterum in idem crimẽ incidit, tunc malis moribus potius tribuendum est,

quam ætati, & per conſequens indignus tunc cenſendus eſt excuſatione, quia malos mores minor ætas non excuſat.

3 Quòd ſi non ſemel, & iterum, ſed pluries deliquerit, abſurdum eſſet minori propter ætatem parcere; cum non ætati, ſed conſuetudini tot crimina ſint tribuenda, optimeque faciet iudex, ſi excuſationem ex ætate deductam, non admittet, ne alij minores, qui faciles ſunt, & procliues ad vitia liberius ſuis indulgeant cupiditatibus.

4 Et ex his ſequitur optimè ſenſiſſe Sfortiam Oddum *de reſtit. in integrum, quæſt.* 80. *a num.* 75. dum dixit excuſari debere minorem propter ætatem in illis ſolum criminibus, quæ ex ætatis impetu & imprudentia potiuſquam ex magna proueniunt malitia, quia nulla cauſa eſt, cur propter ætatem excuſemus eum a delicto, ad quod non fuit ab ætatis imprudentia impulſus, ſed a propria malitia, & ita ſentiendum eſt, licet ſecus viſum fuerit Farinac. *quæſt.* 92. *num.* 181. ex malitia autem facilè exiſtimandum eſt delictum veniſſe, cum in huiuſmodi crimen, aut in aliud non leuè non ſemel incidit.

5 Secundò explicandum eſt, an in crimine læſæ maieſtatis ſit admittenda hæc excuſatio, quod negant Cephal. *conſ.* 304. *num.* 195. *&* 196. Decian. *lib.* 7. *c.* 49. *num.* 12. Theſaur. *deciſ.* 161. *num.* 5. *verſ. ſed quicquid.*

Cui ſententiæ accedo, non modò ex *ijs*, quæ huc uſque ſcripſimus, ſed etiã per text. *in l. quiſquis, C. ad legem Iul. maieſtat. in principio, & in §. filijs, & in §. ad filias, verſic. minorem enim, & in Extrauagan. Friderici contra reos læſæ maieſtatis edita, §. ad hoc, vbi gloſ. in verbo conditionis.*

6 Ex quo infertur, ſi pro aliquo crimine ſtatutum, vel conſtitutio noua impoſuerit pęnam criminis læſæ maieſtatis, & rebellium, non poſſe in huiuſmodi delicto minorem ætatem ad minuendam pœnam allegari, cum enim inter alias huius delicti pęna ſit, ne minor ætas ſuffragetur, ei qui in illud incidit nõ eſſet verum *ij*ſdem pœnis puniri, ſi minor ætas ei prodeſſet.

7 Tertiò explicandum eſt, an in crimine neſando minor ætas ſuffragari debeat ad effectum euitandi pęnam ordinariam, quod affirmãt Soc. iun. *conſ.* 7. *lib* 3. Hip. Rim. *conſ.* 135. *num.* 18. *tom.* 1. *conſ. crim. diuerſ.* Menoch. *de arbitr. iud. caſ.* 286. *& caſ.* 329. *num.* 5. Ioſeph. Lud. *deciſ. Luceuſ.* 17. *num.* 46. *par.* 1. Rol. *conſ.* 77. *num.* 9. *lib.* 3.

8 Contrarium iudicauit ampliſſimum conſilium Neapolitanum, vt eſt teſtis Grammat. *in conſtit. de reſtit. minor. num.* 7. *in fine*, cuius ſententia procul dubio præualere debet, non modò quia ampliſſimi huius ordinis longè maior eſt auctoritas, quam ſit auctorum, qui contrariam opinionem conſulendo, hoc eſt cauſæ inſeruiendo, firmarunt, ſed etiam quia longè verior eſt, non modo ex *ijs*, quæ ſuprà
9 firmauimus, ſed etiam *ex l. cum vir*, ſecundum communem intẽtionem *C. ad l. Iul. de adult. & ex Auth. vt non lux. hom. contr. natur.* verba *d. l. cum vir*, quò ad rem noſtram hæc ſunt. *Iubemus inſurgere leges, armari iura gladio vltore, vt exquiſitis pęnis ſubdantur infames, qui ſunt, vel qui futuri ſunt rei.*

Illa verba, *qui futuri ſunt rei*, vim vniuerſalis ſermonis habent ſecundum vſum ſermonis latini, & proindè omnes cõtinet qui huius delicti ſunt capaces, quia vis ſermonis vniuerſalis omnem continet.

10 Et quod ſpectat ad eum, qui virilia patitur, procul dubio lex de *ijs* agit, qui minores 25. annis ſũt, dum ait. *Cum vir nubit in fœminam*, nam adoleſcentes huic immaniſſimo ſceleri inſeruiunt, nõ autem illi qui prouectioris ætatis ſunt, quod ſi is, qui virilia patitur pœna huius delicti ordinaria plecti debet, etiam ſi minor ſit, cur excuſare eum volumus qui viri vices gerit, cum verba eum contineant?

In Auth. vt non luxurientur homines contra naturam, continentur hæc verba.

Propterea igitur omnibus hominibus huiuſmodi pręcipimus a prædictis delictis abſtinere, hæc enim verba, quæ de omnibus agunt hominibus, non poſſunt reſtringi ad eos, qui legitimæ ætatis ſunt, quia qui omne dicit nihil excludit, & ideò minores ſub hac lege contineri non eſt dubitandum, maximè cum iuuenes magis, quam alij indigeant hac in re fręno, & compedibus.

11 Poſtremò clari iuris eſt minorem ratione ætatis non poſſe deprecari pœnam *l. Iul. de adulterijs, vt in l. ſi ex cauſa* 10. *§. ſi mulier, l. auxilium. §. in delictis, ff. de minoribus, l. quod ſi minor* 36. *& l. ſi adulterium* 38. *§. diui fratres, ff. ad l. Iul. de adulter.* ergo in crimine neſando non poteſt minor ætas excuſare a pęna ordinaria, quia *lex Iulia de adulterijs*, de huiuſmodi quoque crimine pœnas ſumit, ſi credimus Iuſt. *in Inſtit. de public. iud. §. item l. Iulia, de adulterijs.*

12 Quartò explicare oportet, an in crimine falſi minor ætas ſatis ſit ad minuendam pęnam ordinariã, quod viſum eſt Fulgoſ. *conſil.* 124. *ad finem columnę penult. verſ. illa quoque*, & cum eo Farin. *quęſt.* 92. *num.* 133.

Sed hæc opinio eſt contra text. *in l. impuberem* 22. *ff. ad l. Cor. de falſ.* dum inquit. *Impuberem in hoc edictum incidere dicendum non eſt, quoniam vix falſi crimine poſſit teneri, cum dolus malus in eam ętatem non cadat.*

Tractat I.C. ex profeſſò an impubes incidat in pœnas falſi, & negatiuè reſpondet addita ratione, quia doli mali incapax eſt cuiuſmodi ætas, igitur ætas, quæ doli mali capax eſt, non facit, ne quis huiuſmodi pęnis teneatur, alias I.C. non rectè de impuberibus ſolum tractauiſſet, cum nulla particularis ratio dubitandi, quò ad impuberes, conſiderari poſſit, ſi minor ætas a pœnis ordinarijs falſi excuſat.

Non rectè etiam I.C. vſus fuiſſet prædicta ratione ad oſtendendum impuberem non teneri huiuſmodi pęnis, ſi minor ætas in hoc crimine excuſaret, tunc enim etiam ſi impubes doli capax eſſet in huiuſmodi pœnas non incideret, quod tamen ſecus eſt, attenta ratione allegata a I.C. nam lex excuſans a pœna impuberum, quia doli incapax eſt, non habet locum in pubere doli capace, *l. excipiuntur, ff. ad S.C. Sillan.*

13 Quintò exponere oportet, an in crimine falſæ monetę minor ætas ſuffragium præſtet ad minuendam pœnam, quod non puto. Primò per tex. *in l.* 2. *C. de falſ. moneta*, dum ait.

Quicunque ſolidorum adulter poterit reperiri, vel a quocunque fuerit publicatus, illicò omni dilatione ſubmota flamarum exuſtionibus mancipetur.

Cum

Cum enim illud verbum quicunque vniuersale sit, & omnes cōtineat, nulla causa est, cur negemus minores quoque sub hac lege contineri, maximè cum in eodem tex. dicatur maiestatis crimine esse reos, qui in hoc crimen incidunt, etenim læsæ maiestatis rei suffragio ætatis non innane, vt probaui post alios suprà num. 5. hæcque argumentatio eo magis vrget, quòd *in l. quicūque nummos, ff. ad l. Cornel. de falsis*, idem verbum repetitum est.

14 Secundò hęc sententia probatur *ex l. prima, C. de fals. monet*. Ibi enim postquàm statutum fuit domi num domus, vel fundi in quo moneta falsa cuditur si in proximo habitet, amissione eius mulctari in pęnam negligentiæ subdit, hæc verba.

Viduas autem, ac pupillos spetiali dignos indulgentia credimus, vt vidua nec in proximo constitutę domo sua, vel possessione careant, si nulla apud ipsas tam grauis conscietię noxa resideat, impuberes verò etiamsi conscij fuerunt, nullum subsliueant detrimentum, quia ætas eorum quicquid videt ignorat.

Ex hoc text. dupliciter probatur nostra opinio, & primò dum ait speciali fauore indulgeri pupillis, ne domum suam in qua moneta falsa cusa fuit amittant, etiāsi ipsi in proximo habitauerint, hinc enim sequitur legem generaliter constituentem dominū domum suam in prędicto casu amittere, etiamsi in minori ætate constitutus sit, aliàs nulla esset spetialis indulgentia in pupillo. Ius enim singulare in aliquo casu ostendit ius commune in cęteris obseruari, *l. ius singulare, ff. de legibus*, & quia exceptio firmat regulam in casibus non exceptis.

Secundò probatur ex ratione propter quam impubes excusatur, quia impuberes quicquid vident ignorant, hęc enim ratio non obscurè ostendit non ideò excusari pupillos, quòd sint minores 25. annis, sed quia non intelligunt id quod agitur, ergo non possumus negare minores sub his legibus contineri, cum puberes sunt, quia alias Imper. omissa ratione vera, cur pupilli excusentur, aliam non idoneam attulisset, vt nos in errorem duceret. Si enim pupilli excusantur, quia dolo carent, sequitur necessariò eos non excusari qui dolo non carent, sublato namque fundamento excusationis, ipsam quoque tolli necessè est.

Atque ita sentiunt nonnulli, quos refert, & sequitur Farinac. *d. quæst. 92. nu. 111.* & ideò non est vllatenus assentiendum Caccialup. *tom. 1. consil. crim. diuers. cons. 95. qui contrarium scribit, licet eum sequantur* Rol. *cons. 77. nu. 9. vers. decimooctauò, lib. 3.* Hip. Rimin. *cons. 245. num 14. lib. 3.*

15 Sextò differere oportet de crimine raptus, in quo minorem ætatem sufficere, vt pœna ordinaria mitigetur consuluit Cuman. *cons. 95. ad finem, vers. & hæc benignior*, quem sequuti fuerunt Rom. Mazol. Ioseph. Lud. & Rol. cum quibus etiam sentit Farinac. *d. quæst. 92. num. 87.*

Quibus ne assentiar, facit lex Iustiniani, *de qua in l. vnica, C. de rapt. virginum*, dum inquit.

Pœnas autem, quas prædiximus, idest mortis, & bonorum amissionis, non tantum aduersus raptores, sed etiam contra eos, qui hos comitati in ipsa inuasione, & rapina fuerint, constituimus cæteros autem omnes, qui conscij, & ministri huius criminis reperti, & conuicti fuerint, vel qui eos susceperint, vel quicunque eis opem tulerint, siue masculi, siue fęminæ sint cuiuscunque gradus, vel conditionis, vel dignitatis, vt huic pœnæ omnes subiaceant.

His enim verbis minores quoque contineri propter terminos vniuersales tribus vicibus iteratos non est dubitandum, cum vi sua etiam minores complectantur, & de clausula cuiuscunque conditionis &c. tradit glos. *in constit. Friderici de crimine læsæ maiest. §. ad hoc verbo conditionis.*

Si ergo ij, qui auxilium raptui præstant pœnæ capitis subijciuntur etiamsi minores sint, vtique in verbis antecedētibus, in quibus de ipsomet raptore agitur, continentur etiā minores, aliàs plus puniretur auxiliator, quam principalis.

16 Quod si de raptu mulieris nuptæ agitur, res explorata est ex illis verbis, *Quæ multò magis contra eos obtinere sācimus, qui nuptas sunt ausi rapere, quia duplici teneantur crimine, tàm adulterij, quàm raptus, & oportet adulterij crimen acerbius ex hac adiectione puniri*: cum enim sit clari iuris minorem ætatem excusationem in crimine adulterij non præstare, *l. auxilium, §. in delictis, l. si ex causa 10. §. si mulier, ff. de minoribus, l. quod si minor, l. si adulterium, §. diui fratres, de adulter.* consequens est, nec etiam in raptu mulieris nuptæ minorem ætatē excusare, quia tunc, vt dicit tex. adulterium grauius punitur.

17 Præterea l. C. *iul. si adulterium, §. diui fratres, ff. de adulter.* dicit nullam posse in adulterio minorem excusationem habere, quia nulla causa est, quæ ei possit persuadere ipsum non delinquere, dum alterius vxorem cognoscit, ergo, & nos idem dicere possumus in raptu, quia nulla causa est, quæ ei persuadere possit, permissum esse mulierem rapere, etiamsi per verba de præsenti matrimonium contraxerint, nam vt in præallegata *l. vnic. C. de rapt. virg.* ait Iustin.

Oportet etenim vt quicunque vxorem ducere volue rit secundum leges, & antiquam consuetudinem parētes, vel alios quos decet petat.

Nec te turbet, quod Albericus, Oddus, & Caldas in locis per Farinac. allegatis *d. quæst. 92. num. 77.* putauerint in crimine adulterij minorem esse sub ueniendum, quia eorum opinio, cū manifestè prædictis iuribus aduersetur, vt etiam ibi animaduertit Farinac. *num. 78.* nihili facienda est.

18 Non obstant auctoritates ea aduerso allegatæ, quia, cum consulendo, hoc est causæ inseruiendo, & re non discussa id dixerint, modicam opinioni prædictæ auctoritatem acquisiuerunt, eorum autē opinio, si tibi placet, aduerte, vbi virgo fuit rapta, & stuprum commissum fuit saltem habere locum legem Iuliam de adulterijs, & stupro latā, nam ad mitigandam pęnam ab hac lege impositam minor ætas non suffragatur, *l. auxilium, §. in delictis, ff. de minoribus, cum alijs allegatis num. 16.*

Fur fugiens, qui rem magni valoris surripuit, si res aliter nequeat recuperari, an occidi possit ad l. si pignore 56. ff. de furt. ad l. 5. §. 1. ff. ad l. Aquil. ad l. vt vim, de iust. & iur. *Cap. XX.*

1 SI fur diurnus telo se defendat, certi iuris est eū occidi posse, *l. 4. in fine, ad l. Aquil. cum similibus*. Controuertitur tamen acriter inter nostros,

an idem ſit obſeruandum, eum auſugit, & rem ſur reptam ſecum portat, ita vt nulla ſit ſpes recuperandæ rei, ſi non oceidatur, qua in re frequentioe eſt aſſirmantium opinio. vide Accurſ. & DD. *in l. vt vim, verſ. num iure, de iuſt. & iur.* Sotum *de iuſt. & iur. lib. 5. q. 1. artic. 8. verſ. de bouis autem.* Vaſq. *lib. 1. controuer. c. 18.*

Contrariam defendunt ſentētiam Io. de Anan. *in c. 2. de bomicid.* Io. Bolognet. *in d. l. vt vim, nume. 67.* vbi Dec. *nume. 31. verſ. ſi verò ſimpliriter,* quibus me ſocium adiungo, quia iuris ratio, & lex 12. tabularum id fieri vetant.

2 Iuris ratio, quia abſurdū eſt pro defenſione rerum, vt res ſunt, hominē, cuius gratia a Deo Optimo Maximo res factæ fuerunt, licere interficere. Audi Summum Pontificem in *c. ſuſcepimus. de bomicid. Verum, quoniom expedicbat potius poſt tunicam relinquere pallium, & rerum ſuſtincre iacturam, quam pro conſeruandis vilibus rebus, & tranſitorijs, tàm arriter in alios exurdeſrere, abſtineat iſte bumiliter ub ultoris miniſterio, & vterque peccatum ſuum ſludeat explere.* Agebatur eo loci de eis, qui furem occiderant non obſeruato moderamine inculpatæ tutelæ, vt ibi gloſſ. & DD. explicant, quod ſolum ſufficiebat, vt de homicidio tenerentur, vt omnes exponunt *in l. vt vim, de iuſt. & iur.* & tamen Summus Pontifex omiſſa hac ratione, ait eos peccaſſe, quia non conueniebat pro defenſione rerum hominem occidere, ergo apud Summum Pontificem exploratum erat pro defenſione rerum, vt res ſunt, non licere aliquem occidere, alias redarguendus eſſet, quòd omiſſa ratione vera, & propria, aliam non idoneam attuliſſet.

3 Quæ ratio, cum ſit deſumpta ex præceptis charitatis, non rectè dieunt illi, qui aiunt hoc ad perſonas Eeeleſiaſticas, non ad laicos, pertinere, quia lex charitatis vtroſque continet, & ideò quod Summus Pontifex ait, *Conſtat enim contra manſuetudinem Eccleſiaſtirum ex vtriuſque ope interemptos,* non id dicit, quaſi in laicis, a quibus eadē manſuetudo, quæ a elericis, non deſideratur, aliud ſit; de hac enim re ibi non erat tractandum, ſed id dixit, vt oſtendat diſciplinam Eccleſiaſticam, quæ offenſa eſt, poſcere, vt pœnitentia ijs iniungeretur, de quibus ibi agebatur.

4 Sunt qui dieunt, tex. agere de defenſione rerum modici valoris, quos decepit ſermo Summi Pontificis, dum res, de quibus agebatur, viles vocat, dum enim viles eas appellat, in ſenſu compoſito loquitur, boc eſt comparatiuè ad hominem, qui occiſus fuit, quo ſenſu cuiuſcunque valoris res ſit, vilis eſt. perlege textū, & rem ſic ſe habere intelliges, maximè iunctis ijs, quæ ſcribunt Matthesil. *not. 135.* vbi addentes Iaſ. *in d. l. vt vim, num. 25. ad fin. verſ. dicitur.* addentes ad Aret. *in tractat. de moleſic. verſ. & dictus Titius ſe deſcudendo. num. 3. litt. B.*

5 De lege 12. tabularum nunc agamus, eius hac de re deciſio relata eſt *in l. ſi piguore 56. ff. de furt. furem interdiù deprebenſum,* ſunt verba I. C. *non aliter lex 12. tabularum occidere permittit, quom ſi telo ſe defeudat. Teli autem appellatione, & fuſtis, & ferrū, & lapis, & denique omne, quod nocendi cauſo babetur, ſignificatur.* Ergo ſi fur auffugiat, non licebit eum inteſicere, quia tunc telo ſe non defendit.

Concordat tex. *in l. 4. §. 1. ad l. Aquil.* dum ait, *Lex 12. tobalarum furem noctù deprebenſum occidere permittit, vt tamen id ipſum cum clamore teſtificetur. Interdiù outem deprebenſum, ita permittit occidere, ſi is ſe telo defendat.* Ergo ſi fur fugam arripuerit lex 12. tabularum non permittit eum interimere.

6 Conueniunt cū prædictis Cic. & Agellius, vterque enim referens legē 12. tab. de hac re, ita demū aiunt licere ex lege 12. tabularum furem occidere diurnum, ſi ſe telo defenderit, Cicero inquam pro Milone, dum ait, *12. tabulæ nocturnū furem quoquo modo, diurnum verò ſi ſe telo defenderit interfici impunè voluerunt,* Agell. autē lib. 11. c. vlt. inquit, *decē uiri noſtri, qui poſt Reges exactos, leges, quibus P. R. vteretur, in 12. tabulis ſcripſerunt, furem, qui manifeſto furto comprebenſus eſſet tunc demum occidere permiſerunt, ſi, aut cū furtum faceret nox eſſet, aut interdiù comprebēderetur ſe defenderet,* quo reſpexit Vlp. dum *in l. 7. ff. de eo quod met. cau.* ait. *Quāquam non omuem adulterum, aut furem licet occidere, uiſi ſe telo defendat.* ad eandem legē referrendū eſt id, quod legitur apud Senecam *lib. 10. declamat. poſtrema.* eodem modo aeeipiendum videtur id quod legitur apud Polibium *lib. x.* dum ex tranſlatione Perotti inquit. *Eodem modo ciuem interficere nephas eſt: idque punitur acerrimè, vt ſi quis furem, aut adulterū interfecerit, nonne inſons eſt?*

7 De eadem lege intellexit D. Auguſtinus ſuper Exodo, cuius verba habentur *in c. 3. de bomicid.* dū ait. *Hoc etiam in antiquis legibus ſecularibus, quibus iſta antiquior iuucnitur, impune ſcilicet occidi nocturnum furem quoquo modo: diurnum autem, ſi ſe telo defenderit: iam enim plus eſt, quam fur.* nota illa poſtrema verba, *Iam enim plus eſt quam fur,* & clarè intelliges furem, de quo agimus non poſſe occidi ex l. 12. tab. quia eum fugit verè fur eſt, non plus quam fur; nota etiā D. Auguſtinum aſſerere eſſe ſimilem diſpoſitionem l. 12. tab. cū lege Moiſis, & intelliges legem 12. tabularum nullo modo permiſiſſe furem diurnum occidere, niſi armis vteretur, quia id lege Moiſis vetabatur, vt in initio huius tex. diſertè habetur.

8 Non dubito vulgares interpretes reſponſuros eſſe hos locos eſſe intelligendos, cum adeſt ſpes rei recuperandę, & ideò non pertinere ad rem noſtrā, in qua ſupponimus dominū eſſe rem amiſſurum, ſi ſinat furem euadere, ſed nihil agunt, quia lex 12. tabularum conditionaliter concedit furem diurnum oceidere, ſi ſe telo defenderit, quia tunc plus quàm fur eſt, ergo hac conditione non verificata ex lege 12. tab. non poterit ſe defendere, qui furem diurnum occiderit; ergo ille, qui furem fugientem interficit, non poteſt 12. tabulas allegare, immò verò poterit ipſe ex lege 12. tabularū puniri, quia non aliter permittunt 12. tabulæ furem interdiù deprehenſum occidere, quā ſi ſe telo defendat, vt diſertè legitur *in l. ſi piguore 56. ff. de furt.* cum quo conſenſit Cic. pro Mil. cuius verba retuli num. 6.

Quæ confirmantur ſolidiſſimè *ex l. furem 9. ad l. Cornelium, de ſicarijs,* dum ait, *furem nocturnum, ſi quis occiderit, ita demum impunè feret, ſi parcere ei ſine periculo ſuo non potuit:* nam verum eſt eum, qui furem fugientem interemit potuiſſe ei ſine ſuo periculo parcere.

Con-

9 Contrarię partis fundamenta nunc explicemus, quorum primum deducitur ex varijs iuris nostri locis, in quibus dicitur licere possidenti possessionem suam aduersus inuadentes tutari, etiam armis, *l. 1. §. eum qui, & l. 3. §. cum igitur, ff. de vi & vi armata, c. olim causam 12. de restit. spoliat. c. 6. de sent. excom. lib. 6.* qua de causa, si dum possessor pro suæ possessionis tutela rixatur, aliquis occisus fuerit, non possessor, aut aliquis ex parte eius, sed inuasor, & pars eius tenetur, *l. quoniam multa, C. ad l. Iuliam, de vi publica.* Ergo euidens est licere pro defensione rerum nostrarum vti armis in pernitiē aliorum, ergo in nostra spetie etiam permissum erit, cum alia ratione damnum nequeat vitari.

10 Respondeo hac in re moderamen inculpatæ tutelæ esse adhibendum, vt disertè habetur *in l. 1. C. vnde vi*, & ideò cum agitur de eo, qui moderatione legitima adhibita inuasorem rei suæ occiderit, vel aliquem ex parte eius, negari non potest eum telo potuisse vti, quod cum tunc contingat, cum aduersarius telo vtitur, sequitur hæc iura non tangere rem nostram, quia agimus de eo fure, qui fugit, inter quos casus in 12. tabulis expresśè differentia constituta est, vt liquet es locis indicatis nu. 5. cum sequentibus.

11 Secundò adducitur tex. *in l. 3. §. cum igitur, ff. de vi & vi arma.* dum ait, *dummodò sciamus non solū resistere permissum, ne deijciatur, sed et si deiectus quis fuerit, eundem deijcere, non ex internallo, sed ex continenti posse*, quod etiam habetur *in c. olim causam 12. de restit. spol.* hinc enim colligi videtur leges in defendendis suis rebus plus iuris tribuere, quàm in defendenda persona, nam pro illata iniuria non licet nobis vti telo, sed tantum pro ea, quam inferendam esse suspicamur. *vide l. vt vim, ff. de iust. & iur.* Bart. *in l. 1. num. 10. C. vnde vi.*

Respondeo eum, qui pro possessione rei suæ pugnat, etiamsi deijciatur, possessionem animo retinere, si modò animum possidendi nō deposuerit, nec timuerit se posse repelli, & ideò si a pugna discedit ad cōparandos amicos possessionē retinet animo. *vide tex. in l. 7. in l. quod meo nomine, §. final. in l. si id quod, §. fin ff. de acq. poss.* & ideò euidens est discrimen inter hanc rem, & defensionem personæ, quia cum quis percutitur, vel vulneratur ex ipso ictu ita res perficitur, vt nequeat amplius vis propulsari, quod est illud, quod per defensionem assequi curamus, *l. vt vim, de iust. & iur.* nil mirum ergo, si alterum liceat, alterum verò denegetur, quoniam altero caso materia capax est defensionis, altero verò incapax existit.

12 Tertiò adducitur tex. *in l. vnica, C. quando liceat vnicuique sine iudice se vindicare*, qui nihil vrget, quia agit de latronibus, & populatoribus agrorū, qui rebus & vitæ insidiantur, vt indicāt illa verba. *Permissa cuicunque licentia, digno illico supplicio subiugetur, ac mortem, quam minabatur, excipiat, & id quod intendebat, incurrat*, & ideò cōstitutio spetialiter in huiusmodi personis introducta est, quod etiā agnouerunt ibi Accurs. Castr. & Salicet. necnon Cuiac. *in l. vt vim, col. 2. litt. B. in fine, ff. de iust. & iur.* ad rem nostram itaque non licebit eam trahere, cum toto cœlo distet fur fugiens a latronibus, & ab illis, qui noctù agros populantur.

13 Quartò affertur tex. *in l. devotum, C. de metat. & epidemet. lib. 12.* pro cuius intellectu scire oportet Prouinciales consueuisse metata, idest hospitia militibus præstare in oppidis tantum, non in illis, sed quia militum licentia intra legum septa ægrè contineri poterat, a villis non abstinebant, & agrorū possessoribus erant grauissimi, dum apud eos morabantur, vt ex fine legis clarè liquet, & ideò fuit necesśè ad compescendam audaciam metatorum, idest eorum, qui præcurrebant ad designanda hospitia militum, ipsismet agrorum possessoribus suę iniuriæ vltionem permittere, concedendo ipsis, vt quandocunque accidisset metatores ad designanda hospitia ad eorum villas accedere possent ab ipsismet possessoribus armis expelli. Non debemus ergo constitutionem ad furem, de quo agimus trahere, quia nihil cum metatoribus prædictis commune habet; nō omitto autem adeò magnum hoc crimen visum fuisse, vt auctores huius legis non dubitauerint sacrilegos eos appellare, qui in illud inciderint.

14 Quintum argumentum deducitur *ex l. 5. ff. ad l. Aquil.* dum ait. *Et si metu mortis, quis furem occiderit, non dubitatur quin l. Aquilia non teneatur, sin autem cum posset apprehendere maluit occidere, magis est, vt iniuria fecisse videatur, ergo & Cornelia tenebatur.* deducto argumento a contrario sensu illorum verborum *sin autem cum posset apprehendere maluit occidere.*

Respondeo mentem I. C. esse ostendere, eum qui culpa caret non teneri lege Aquilia, huiusque rei duo exempla proponit. Primum est de eo, qui illum occiderit, qui ad se occidendum venerat. Secundum de eo agit, qui furem metu mortis interemerit. Subdit deindè, ex antedictis conclusionē colligendo, *quod si quis furem, quem tenere poterat, occiderit, eum non excusari, quia in culpa est*, vt ergo argumentum rectè colligatur, sic illud oportet concipere, ergo si is, qui furem occidit culpa caruerit, lege Aquilia non tenetur, argumentū enim hmōi ex defectu rationis, super qua nititur decisio legis, colligi dēt, vt exponunt nostri *in l. 1. ff. de offic. eius*, præcipuè Bologn. *num. 101. & 103.* & alij de quibus Euerard. *loco a contrario sensu, num. 4. & 5.* quod si fecerint aduersarij in promptu respōsio est, negando eum culpa carere, qui furem fugientem occidit, cum nec iuris ratio, nec lex 12. tabul. id fieri patiantur.

15 Quæ responsio ex eo redditur euidentissima, quòd si argumentum colligatur eo modo, quo aduersarij faciunt, ex hoc tex. probatur licere furem, quem tenere non possumus, occidere, etiamsi facilis sit via rem recuperandi, quod absurdum est.

16 Sextum, & postremum argumentum, vt leuiora præmittam, est huiusmodi. Idem iudicamus de illis, sine quibus vita nequit conseruari, quod de ipsa vita, sed sine rebus non potest vita conseruari, ergo de rebus iudicare debemus, ac de ipsa vita, at pro vitæ defensione permissum est occidere, *l. vt vim, ff. de iust.* Ergo idem erit permissum pro defensione rerum, quas fur surripit, & asportat.

Hoc argumentum manifestam continet ęquiuocationem, quam, vt explicare valeam, moneo, sermonem nostrum circa res versari posse dupliciter.

Primò

Primò res in vniuerſum conſiderando,& vt dici ſolet, in abſtractò. Secundò de rebus aliquibus particularibus tractando, & vt dicere ſolemus, in concretò; ſi primo modo res conſiderentur, verum eſt eas eſſe neceſſarias ad conſeruationem vitæ; ſecus eſt ſi altero modo eas contemplemur, quia non ſemper accidit, vt dempta hac, vel illa re, eius dominus amittat ea, quæ ipſi ſunt neceſſaria ad vitam.

17 Equiuocatio ergo in hoc conſiſtit, quod dũ dicitur in argumẽto res eſſe neceſſarias ad vitæ conſeruationem, in abſtractò res conſiderantur; dum verò dicitur furem fugientem noſtras res ſecum afferre, de rebus agitur in concretò, & ideò de illis dici non poteſt, quod ſint neceſſariæ ad vitam conſeruandam, cum aliæ res ſuperſint, ex quibus vitam poterit conſeruare.

At dices, quid ſi dempta re, quæ ei a fure ſurrepta fuit, non ſuppetat ratio vitam conſeruandi, licebit ne tunc furem fugientem occidere, ſi non ſuperſit rationem recuperandi? Vtique, quia amiſſio rei ſecum trahit amiſſionem eius, quod ad vitam conſeruãdam neceſſe eſt ei, qui rei dominus eſt, q́d quia per accidens venit, non poteſt eſſe ſatis ad firmandam regulam, licere pro defenſione rerum occidere aliquem.

An feudum veniat in confiſcatione bonorum ad §. fin. quæ fuit prima cauſ. beneſ. amittendi. *Cap. XXI.*

1 SI vaſalli bona fuerint confiſcata, an feudũ quoque publicatum cenſeatur, ſæpè quæſitum eſt: diſcordantibus, vt frequenter ſolent, iuris noſtri interpretibus, conſule Specul. *tit. de feud. §. quoniã, quæſt.* 40. Dec. *conſ.* 252. Clar. *§. feudum, quæſt.* 84. Mar. Frecc. *de Auth. Bar. lib.* 2. *auth.* 29. Peregr. *de iure fiſc. lib.* 5. *tit.* 1. Hartman. *lib.* 2. *par.* 1. *quæſt.* 15. Farinac. *quæſt.* 25. D. Fachin. *lib.* 7. *cap.* 20. Roſental. *in Sinopi feudali*, & alios ab his relatos.

2 In hac controuerſia certum eſt delictum vaſalli domino nocere non poſſe, & ideò, ſi venerit caſus, quo ſecundum iura feudalia, vel ſecundum tenorẽ pactorum inter eum, & vaſallum factorum, feudum ad dominum redeat, nihil eſt, quod de confiſcatione tractari poſſit, tunc enim clarum eſt feudum ad dominum pertinere.

3 Eadem de cauſa extra controuerſiam eſt, quòd ſi in conceſſione feudi cautum fuerit, vt vaſallo ita delinquente, vt eius bona poſſint publicari, proximioribus feudum aperiatur, nihil iuris poſſit in feudo fiſcus habere; tunc enim vaſallus, ex cuius perſona ius fiſci pendet, omne ius in feudo amittit, & proximiori agnato acquiritur ꝓp pactum.

4 Dubitatio itaque in eo conſiſtit, an vaſallo committente delictum, quod non aperit domino feudum, propter quod eius bona publicantur, feudum quoque publicari debeat, cum in inueſtitura non fuerit cautum, tunc agnatis feudum aperiri, in qua dubitatione ad fauorem agnatorum reſpondendum eſt, quia hoc diſertè cautum eſt *in §. final. quæ fuit prima cauſa beneficij amittendi*, dum ait.

Denique ſępe quæſitum eſt, vaſallo propter iuſtam cauſam a feudo cadente, vtrum ad dominum, an ad ſucceſſorem vaſalli beneficium pertineat?

Quæritur idipſum, quod nos quærimus, ad quẽ pertineat feudum, cum propter grauem aliquam culpã, illud nequit vaſallus retinere, huicq́ue quæſtioni adhibita diſtinctione ſatisfacit, aut enim culpa reſpicit dominum, aut alios, ſi reſpicit dominũ ei feudum aperitur, ſi alios feudum ad agnatos redit: verba tex. audiamus.

5 *Sed hæc diſtinctio, tàm ratione, quàm moribus comprobata eſt, vt ſi quidem vaſallus ita in dominum peccauerit, vt feudum amittere debeat, non ad proximos, ſed ad dominum beneficium reuertatur, vt hanc ſaltem habeat ſuæ iniuriæ vltionem.*

Hæc verba primum diſtinctionis membrũ explicant, de qua re cum nunc nobis nulla ſit dubitatio, ad ſecundum accedamus, quod his verbis exponitur.

6 *Si verò non in dominum, ſed in alios grauiter deliquerit, vel graue quid commiſerit, ſicut ille, qui fratrem interfecit, vel aliud graue crimen (quod parricidij appellatione continetur) commiſerit, feudum amittit, & non ad dominum, ſed ad proximos pertinet. Si tamen beneficium fuerit paternum, ſic enim ſępe fuiſſe pronunciatum ſcio.*

Huiusq́ue tex. qui cum tractet de eo, qui non in dominum, ſed in alios grauiter deliquerit, vtique de eo tractat, de quo nos agimus, ideſt de eo, qui dominum quidem non offendit, ſed tamen graue commiſit delictum, neque enim publicãtur bona, niſi ob grauiora delicta; id ipſum ergo in hac controuerſia erit obſeruandum, quod in hoc tex. deciditur: reſpondendum itaque eſt ad fauorem agnatorum, ſi feudum paternum ſit, nam id apertè in textu legitur, dum ait, *Et non ad dominum, ſed ad proximos pertinet. Si tamen beneficium fuerit paternum, ſic enim ſępe fuiſſe pronunciatum ſcio.*

7 Eadem ſententia exprimitur in tit. an ille, qui interfecit fratrem domini ſui feudum amittat, ait enim.

Si quis interfecerit fratrem domini ſui, non ideò beneficium amittit, ſed ſi fratrem ſuum interfecerit, ad hoc vt totam hæreditatem habeat, vel aliam feloniam commiſerit, v. g. hominem tradendo, vt in curia amplius ſtare non poteſt, priuabitur beneficio: quia tamen erga dominum non fuerit facta, ad agnatum proximiorem pertinebit feudum, cum autem ad dominum reſpicit felonia feudum tunc domino aperitur.

8 At dices ad agnatos non defertur feudum, cum vaſallus interfecerit fratrem domini ſui, ergo non eſt indiſtinctè admittendum agnatos admitti ad feudum, vaſallo delictum, propter quod bona publicantur, committente.

Reſpondeo eos, a quibus veniunt iura feudalia, vti conſueuiſſe legibus Longobardorum, vt conſtat ex principio tit. 1. lib. 2. Vſuum feudalium, apud Longobardos autem diù vſitatum fuit, vt is, qui hominem occiderat, certa pęna pecuniaria plecteretur, vt in eorum legibus clarè habetur, & hoc caſu loqui tex. noſtrum indicãt illa verba, *vel aliã feloniam commiſerit, v. g. hominem tradendo, vt in curia amplius ſtare non poſſit, priuabitur beneficio.* Si enim auctor tex. loqueretur de occiſore fratris domini ſui, qui hac de cauſa in curia ſtare non poſſit, vtique ſibi ipſi aduerſaretur; ſi ergo propter fratris domini mortem, non arcetur a curia, vtique delictum

etiam huiusmodi pœna certa pecuniaria, non autem confiscatione bonorum plectebatur.

9 Cum autem is, qui fratrem domini sui interfecerit, alia pœna, scilicet capitis, & publicatione bonorũ hodie puniatur, & hac de causa ei in curia nõ liceat stare, eodem iure hic casus decidendus est, quo iudicantur ea delicta, quæ tunc temporis simili pœna plectebantur; nam legibus semper hoc inesse videtur, vt pertineant ad eos casus, qui quandoque similes erunt, *l. ideo 27. ff. de legib. l. 1. §. lex Falcidia, ff. ad l. Falcid.* vbi DD. hanc interpretationem passiuam appellant, eamque in omni lege locum habere asserunt.

10 Dissoluamus nunc argumenta, quæ ex aduersò opponuntur, quorum aliqua desumpta sunt ex legibus ciuilibus, quas non licet in hac re adferre, cũ particulares extent iuris feudalis leges, *vt habetur in principio tit. 1. lib. 2. feudor.*

Additur secundo tex. *in tit. de capitulis Corrad.* ibi enim dicitur feudum viuente vasallo, qui deliquit, pertinere ad Regem.

Respondeo in hoc tit. contineri quædam capitula specialiter a Corrado Imper. constituta circa vasallos Romandiolæ, vt in initio eius dicitur, & inter alia illud est, vt Rectore Ecclesiæ delinquente in personam domini, ita enim loquitur tex. & ita eum DD. intelligunt, feudum non aperiatur domino liberè, sed quousque Rector Ecclesiæ fuerit is, qui dominum offendit. vide ibi gloss. final. & cæteros interpretes; non pertinet ergo hic tex. ad nostram dubitationem, quia dominus feudi tunc non possidet feudum tanquam confiscatum, sed tanquam deuolutum, inter quæ maxima differentia est, nam plerçque causæ, quæ domino feudum aperiunt, non continent delictum, ex quo possint bona publicari. *vide tit. quibus ex caus. feudum amittat.*

11 Secundum argumentum est huiusmodi, certæ quædam causæ constitutæ fuerunt, ex quibus feudum amittitur, extra quas, aut similes, amissioni feudi non est locus. *vide titul. quibus ex caus. feud. amitt. & tit. quæ fuit prima caus. amittendi feudi.* Igitur si quis commiserit delictum, ex quo secũdũ iura feudalia non amittatur feudum, frustra de publicatione feudi tractatur, quia non consistunt in simul, feudum propter delictum amitti, & agnatis aperiri.

Respondeo feudum duplici ratione amitti, vel propter culpam in dominum commissam, vel quia quis legis auctoritate omnibus suis bonis spoliatur, quæ distinctio clarè ponitur in textibus pro nostra sententia allegatis; cumque agitur de amissione feudi ob culpam in dominum commissam, vera est assertio ex aduersò obiecta, & ita loquuntur iura in contrarium allegata; cum verò agitur de amissione propter delictum commissum incurrenda, dico eam falsam esse, quia quacunque ex causa alicuius bona publicentur, verum est eum retinere aliquid non posse lege id vetante, & perindè semper verum est, eum feudum non posse habere, & pro hac sententia plurimùm vrgent ea, quæ in sequenti capite habentur, quæ propterea huc repetita esse volo, quæ enim de emphiteusi ibi disserui in feudis sibi locum vindicant.

An emphiteusis acquiratur fisco, cum alicuius bona publicantur. Cap. XXII.

1 CVm bona alicuius publicantur, quæri solet, an emphiteusis, quam is habet vnà cum cæteris eius bonis transferratur in fiscum. vide Clar. *§. emphiteusis, q. 29. Boss. tit. de bon. damn. num. 60. Burs. cons. 192. lib. 2.* Farinac. *q. 25. a num. 54.* Peregr. *de iur. fisci, lib. 1. tit. 1. num. 70.* D. Facbin. *lib. 10. c. 59.*

Omissis aliorum sententijs meã breuiter expono opinionem: fiscus duplici ex causa potest emphiteusim, de qua agimus, sibi vindicare, vel ex persona eius, cuius bona publicata fuerunt, vel ex aliqua clausula in inuestitura contenta.

2 Ex persona emphiteutæ, si fiscus emphiteusim vindicet, in promptu responsio est eum id nullo iure facere, nam, cũ emphiteutę bona publicantur, ei adimitur dominium rerum suarum, & omne ius quod habet. *vide l. 5. in fine, ff. de bon. damn. & totũ tit. C. eod.* igitur extinctum est ius, quod in re emphiteutica habebat, frustra igitur ex persona eius fiscus emphiteusim sibi vindicat, quia nemo plus iuris in alium transfert, quam ipse habeat.

3 At dices pugnare hanc rationem *cum l. si postulauerit 25. §. iubet lex, ff. ad l. Iul. de adult.* nam expressè determinat publicari seruum, in quo reus adulterij vsusfructum habet quo ad vsumfructum tantum, hinc enim apertè colligi videtur fiscũ ex persona eius, cuius bona confiscantur, ea cõsequi, quæ personæ damnati cohærent, etiam si per condemnationem illa amiserit.

Respondeo lege Iulia de adulterijs haberi quæstionem de seruis eorum, qui de adulterio accusantur, vtque veritas detegi facilius possit, seruos qui torquentur iubet publicari, soluto tamen pretio domino eorum, vt clarè in d. textu habetur, nihil itaque commune habet hæc res cum quæstione nostra; nam vsufructuarius, cuius seruus publicatur, quia de eo quæstio fuit habita, non priuatur re ipsa vsufructu, cum eius pretium obtineat, nec amittit ius retinendi res suas, prout contingit ei, de quo agimus.

4 Poterit iudex, dicet aliquis, cætera bona rei publicare, excepto dominio quod habet in emphiteusi, quo facto nihil erit impedimento, quo minus fiscus emphiteusi potiatur, quousque ille vixerit, poterit huc inquam iudex facere, cum omnes pœnæ hodie ex recepta nostrorum sententia, a iudice possint augeri ex causa, vel minui.

5 Respondeo non licere iudici hac cautela vti in fauorem fisci cum damno eorum, quibus emphiteusis debetur, cum nullum crimen commiserint, quòd si agatur de ea spetie, in qua reus patiatur maximam, vel mediam capitis diminutionem, res explorata est, quia non potest iudex facere, vt is, qui ciuitate priuatur, aliquid in ciuitate retineat, quod eo absurdius hoc tempore esset, quod plerisque in regionibus permittitur eos, qui ciuitate priuantur, quos bannitos appellamus, occidere.

6 Idem respondere debemus, cum non est eiusmodi delictum vt reus ciuitatem amittat, nam quod dicunt nostri DD. licere iudici augere pœnam ex causa, *iuxta l. aut dicta, ff. de pœnis,* accipi debet quò ad dam-

ad damnum rei,non autem in damnum eorum,qui non deliquerunt , & proindè non potest adaptari ad nostram quæstionē, quia rei non interfit,quemadmodum hac in parte sententia feratur , vtroque enim in casu commodo empbiteusit priuatur, & ideò hæc cautela eis tantum nocet ad quos empbiteusis peruentura est,postquam illam desierit habere is, cuius bona publicantur.

7 Si verò fiscus sibi vindicet empbiteusim ex aliqua clausula in inuestitura posita , tenor eius inspiciendus est , & si ita cōcepta fuerit, vt post eum qui reus est perueniat ad eius liberos,aut ad alias certas personas,res explorata est fiscum excludi,si verò in inuestitura dicatur vt perueniat ad hæredes etiam extraneos ipsius, in fauorem fisci dubitari potest ex eo quod nostri dicere solent,fiscum locum hæredis extranei obtinere in bonis eius , cuius bona publicantur , hinc enim se videtur eum in inuestitura fuisse comprehensum .

8 Contrarium tamen verius esse puto , quia , cum hæreditas duplici tantum ex causa deferatur ex testamento , & ab intestato , fiscus hæredis locum in spetie, de que agimus,per similitudinem solummodò obtinet , in eo autem similitudo consistit, vt ad instar hæredis actione personali , qua defunctus tenebatur,possit conueniri fiscus, *l.2.C.ad l.Iul. de vi pub.l.si marito 32.ff.solut.matrim.*

9 Non rectè itaque ex boc deducitur, eum in inuestitura esse comprebensum , quia nimis a solito loquendi more bic sensus distat,& ideò non licet nobis eum sequi, *l.Labeo, ff.de supellectil.legat.* maximè in præiudicium domini directi, pactum enim obscurum contra eum exponitur , qui illud posuit, *l.si in emptione 34.* & ibi gloss. *in verb. intellexerit, ff. de contrab. empt. l.quidquid astringendæ 99. ff. de verb.oblig.*

10 In fauorē quoque fisci dubitatur , si fuerit in inuestitura dictum , vt emphiteusis pertineat ad eos, quibus eam emphiteuta dederit,cum enim factum iudicis partis factum censeatur,fiscus ab emphiteuta videtur emphiteusim accepisse,cum ei per iudicis sententiam res adiudicatur.

11 Contrarium verius est,quia distinguūtur factum partis,& factum iudicis,cui pars non assentitur,& ideò per similitudinem solum verū esse poterit id , quod dicitur factum iudicis censeri partis factum , & proindè non erit satis , vt fiscus in inuestitura contineatur,ex ijs quæ allegaui nu.9.

12 His accedit,quod dicitur factum iudicis censeri factum partis , intelligi quò ad incommodum partis,& ita loquuutur DD. nostri,non pertinet ergo hęc assertio ad rem nostram,nam dominio directo, non autem empbiteutæ hæc res nocet .

13 Sed quid si dicatur in inuestitura , emphiteusim pertinere debere ad omnes successores vniuersales, & particulares emphiteutæ, fiscus ne continebitur ?

Pro fisco vrget vis verborum vniuersalium , neque enim dubitari posse videtur,quin fiscus sit successor particularis eius,cuius bona publicantur.

14 In contrarium vrget, quod incredibile est partes,dum inuestituræ verba tam effuso sermone conceperunt,de fisco sensisse:nam incredibile est eum, cui emphiteusis primum concessa fuit, fisco eam stipulari voluisse , quia homines fisci nomen horrent,eique quantum possunt detrahere curāt,quòd si is non cogitauit de fisco,multo minus dicendum est dominum directum cogitauisse, cum eius intersit rem citius ad se reuerti .

15 Itaque , cum in conuentionibus inspici debeat, quid fuerit actum inter partes , *l.cum in lege 33. de contrab.empt.l.in conuentionib.29.ff.de ver.sign.* vide gl.& DD. *in l.veteribus,ff.de pact.* nō puto fiscū esse admittendum,quę ratio plurimum ēt vrget contra fiscum in spetiebus,de quibus proximè tractaui.

16 Nec prædictis obstat *l.Statius Florus 48.§.Cornelio,ff.de iur.fisc.* quia ibi agitur de hærede grauato restituere hæreditatem post mortem suam , qui cum habeat interim plenum ius in re, *l.1.& l.4.ff. ad Trebell.§.restituta,Inst. de fideicom.bær.* multum differt,quò ad rem nostram,ab emphiteuta.

17 Nam ius empbiteutæ , cum pendeat ab inuestitura,ad eos tantum potest transferri,qui in inuestitura fuerunt comprehensi,neque enim ad illud obtinendum sufficit in omne ius emphiteutæ succedere, quia nobis empbiteusim tribuit inuestitura,non persona emphiteutæ.

18 Econtra verò res se se habet , vbi agitur de re, quæ pleno iure est alicuius,ad eam enim transferendam nihil aliud inspicitur, quam ipsius persona, quia penes ipsum plenitudo iuris residet , & independenter ab alio , & bæc est ratio , propter quam hæres rogatus sub conditione bæreditatem restituere,ius rei alienandæ olim baberet , *iuxta l.final. de leg. 2. l. final. §. 1. C. commun. de legat. & fideicommiss.*

Noua causa iniusta , an excuset a pœna fractæ pacis , & quemadmodum noua causa probetur.

Cap. XXIII.

1 LEgibus municipalibus graues pœnæ statuuntur contra eos , qui pacem frangunt : cumque DD. admittant nouam causam excusare , vt per Soc.iun. *cons.103.a nu.9.lib.3.* Mascar. *concl.1162. num.17.* Honded. *cons.93.num.32.in 1.* Farinac. *quæst.107.nu.460.* Clarissimus Caballus *casu 101. a num.17.*

Oritur dubitatio , an causa iniusta ad hunc effectum sit satis : negant autem Rom. *in l.licitatio, §. qui illicitè,nu.6.in fine,ff.de public. & vectigal.* Clar. *§.fin.q.47.num.fin.* Collegium Maceratense *tom.1. consil. crimin. cons.150. a num.51.* Vulpell. *de pace, q.48.* & alij,de quibus Farinac. *d.q.107. num.462. & cons.31.num.12.lib.1.*

Contra quos sentiunt multi alij , de quibus Mascard. *d.conclus.1162.num.13.* Non. *cons.110.num. 18.* Moron. *de pace q.18.& q.113.* Eugen. *cons.82. num.14.* D.Caball. *cas.101.a nu.17.* Farin. *d.q.107. num.460.* quibus adhæreo.

2 Vtque appareat verissimam esse hanc sententiā, præmitto eum frangere pacem, qui sumit vindictā de offensione , quam per pacem remiserat . vide Guazin. & allegatos ab eo *tract. de pace, p.1.q.44. num.30.* & iure meritò, quia ille,qui non studet vltionem sumere , de offensione per pacem remissa, sed de alia, nihil facit contra pacem, per eam enim non remittitur offensio, de qua nō fuit cogitatum, & ideò

& ideò nec ille, qui generaliter fecit pacta eam, frangit, dum vltionem sumit de noua offensione, quicquid scribat Guazin. *d.q.44.num.15.* post nonnullos quos allegat.

Hoc præmisso, euidens est, veritas huius sententiæ ex ipsomet supposito, dum enim quærimus, an noua causa iniusta excuset, supponimus eum motũ fuisse ad offendendum, non ob offensionem, de qua pacem fecit, sed ob aliam causam, quæ tamen non debebat eum mouere ad nouam offensionem, quia non est ei proportionata.

Aliud enim est quærere, an ex noua causa motus fuerit, & an huiusmodi causa iusta sit, cũ enim quęrimus, an ex noua causa motus fuerit, inquirimus, de qua nam offensione voluerit sumere vindictam, cum verò dubitamus, an causa, quæ eam mouit fuerit iusta, cum fiat comparatio inter vltionem, & offensionem, necessariò supponendum est constare qua nam ex causa fuerit motus.

3 Et ex hoc infertur, quod si alicui relatum fuerit aliquid falsum, ob quod motus fuit ad offendendũ, non incidere in pęnas fractę pacis, quia etiam si credulus nimis fuerit, ipse tamen non habuit animum sumendi vindictam de offensione per pacem remissa, & ita sentiendum est, licet secus videatur Paris. *consil.165.num.9. in 3.* Mascard. *vbi suprà, num.24.* Guazin. *d.q.44.nu.14.16.19.& 20.*

Eadem ratione reijcienda est nõnullorũ opinio, quos refert Guazin. *d.quæst.44.num.12.* vt scilicet noua causa non excuset, quando versamur in illis, quæ iuræ naturæ, aut diuino vetantur, nam & si verum sit errorem, aut ignorantiam in his non esse præsumendam, non tamen sequitur, animum eius fuisse veteris offensionis vindictam capere, quia hoc nõ deducitur ex iuris naturalis, aut Diuini prohibitione, sed ex animo offendentis.

Quibus ex causis existimo non esse in hac materia quærendum, an actus, ex quo noua causa colligitur, sit licitus, an illicitus, & punibilis, sed an habuerit animum vlciscendi veterem iniuriam, quia hoc dempto impossibile est pacem frangi, quicunque fuerit actus ex quo offensio deducitur, aliud tamen scripsit Vulpell. *de pace, q.47.a num.3.* relatus a Farinac. *d.quæst.107.a nu.146.* a Guazin. *d.quæst.44. num.33.* quibus nullatenus est assentiendum.

4 Quæ autem de fractione pacis diximus in vindicta transuersali locum sibi vindicant, quæ constitutionibus recentiorum Pontificum grauissimè punitur, huiusmodi enim delictum in eo consistit, qđ quis sumpserit vltionẽ de offensione sibi facta in personam consanguinei eius, a quo offensus fuit, & ideò excluditur, quoties constat eum alia ex causa offendisse.

5 Magni autem momenti, & quotidiana quæstio est illa, quæ versatur circa probationem nouæ causæ, cum de fractione pacis agitur, de qua meam sententiam breuibus exponam.

In primis constituendum est fiscum habere intentionem fundatam aduersus reum, nisi docuerit, de aliquo dicto, aut facto, ex quo nouam causam deducere potuerit, quia si necesse esset fisco probare reum offendisse ex veteri offensione, nullus ob fractionẽ pacis posset condemnari, quia impossibile est, moraliter loquendo, fiscum probare posse factam fuisse offensionem ex causa veteri, cum nõ possit probari nullam aliam extitisse nouam offendendi occasionem, atque ita docent DD. communiter, Cesal. *consi.35.* addentes ad Roman. *consil.83.* Viuius *opin.566.* Vulpell. *de pace, quæst.47.* Moron. *eod.tract.quæst.113.num.14.* & alij, de quibus Farinac. *quæst.107.nu.434.* Guazin. *de pace, quæst.41. nu.4.& 5.* Omnia ergo, quæ de præsumenda noua causa tractantur, sunt accipienda, cum hoc præsuposito, quod plenè constet de dicto, aut facto, ex quo noua causa potest colligi.

6 Cum autem constat de dicto, aut facto, ex quo noua causa potuit colligi, an in dubio sit præsumendum ex noua causa offensionem prouenire, explicemus.

Qua in re multi sic distingunt, aut offensio est proportionata veteri iniuriæ, aut nouæ. Primò casu offensio præsumatur facta ex veteri causa. Secundò autem ex noua. Ita docuerunt Bald. *in l. si prædium, num. 17. C. de ædilit.act.* Cesal. *consi.35.a nu.9.* Collegium Maceratense *tom.1.consi.crim.consi.150. num.59.* Moron. *de tregua, & pace, quæst.41.* & alij, de quibus Mascard. *conclus.1162. nu.12.* Farinac. *quæst.107.nu.451.* Mar. Antonin. *lib.3.resolut.31. num.12.* Guazin. *de pace, p.1.quæst.45. nu.15. vers. ac etiam.*

Hæc traditio, cum nouæ causæ proportionata est offensio indistinctè vera est, quia cum potest fieri commodè, semper capitur ea interpretatio, quæ maioris delicti exclusiua est, *l. meritò, ff. pro soc.* & in puncto agnoscunt post alios Mascard. *vbi suprà, num.9.* Farinac. *d. q.107.num.432.* Clariss. D. P. Caballus *casu 101. num.20. & num.32.* Antoninus *d.resol.31.num.10. & cum his* Guazin. *d.q.45. num. 1.*

Indistinctè inquam vera est, quia etiam si adfuerint inditia eum voluisse etiam sumere vindictam de veteri iniuria, tamen existimandum est eam se habuisse per modum causæ impulsiuæ, & proindè eum ex noua causa etiã hoc casu motum fuisse existimandum est.

Cum is, de quo agimus, rem clarius expono, eũ offendit, cum quo pacem fecerat, inspicitur, an habuerit animum sumendi vindictam de veteri iniuria, vt ostendi num.3. & ideò inspicitur causa finalis, propter quàm mouetur, quia omnis agens ex fine, ad quem respicit, mouetur. vide Couar. *var. resolut. lib.1. cap.20. num.2.* Tib. Decian. *consil. 79. num.7. lib.5.* Bec. *consil.45. num.3.*

Ergo non est consideranda causa antiqua, sed noua, quia eius vlciscendæ gratia offendit, hoc enim semper credendum est, cum causa noua est proportionata offensioni, & licet facilius id factũ fuerit propter memoriam veteris iniuriæ, hoc tamen non est respiciendum, quia causa huiusmodi, impulsiua tunc est, quæ ad determinandam voluntatem agentis non consideratur, vt luculenter declarant Couar. Decian. & Becius allegati, qua de causa receptum est apud Theologos, quod si clericus interfuerit Diuinis, vt inseruiat Deo, non tamen interfuturus, si distributiones quotidianas nõ esset habiturus, eum non incidere in simoniam, quia distributiones se habent per modum causæ impulsiuæ, vt per Caiet. & Aragon. *27. quæst.78. artic.1.*

artic. 1. Graff. decif. lib. 2. c. 96. num. 38. Conradus respons. 40. quæst. 2. Rodriquez in Summa par. 2. cap. 60. num. 1. in fine, quod ante hos scripsit Abb. in c. consuluisti, de celebrat. missar. in c. significatum, de præbendis. ad idem pertinent ea, quæ scribunt Nauarr. in Manual. cap. 23. num. 100. in fine. Greg. de Valent. tom. 3. Commentar. Theologic. disput. 6. quæst. 16. puncto 3. Felin. in c. cum essent, num. 1. de simon. vbi Abbas num. 4. & num. 5. idem Abb. in c. tua nos 34. num. 2. de simon.

7 Si quis ergo hac de re inquisitus, interrogatus de causa, ob quam motus fuit ad offendendum, vtranque causam nominauerit, non poterit condemnari de fracta pace, quia cum confessio debeat in dubio intelligi in fauorem confitentis secundũ communes DD. traditiones, de quibus per Bec. co uf. 11. nu. 14. Surd. conf. 425. nu. 17. Rota p. 1. diuerf. decif. 121. num. 18. & alij passim, non poterit sic exponi, vt censeatur reus fateri se habuisse animum vlciscendi principaliter veterem iniuriam, cum commodissimè sic intelligi possit, vt causa vetus se habuerit per modum causæ impulsiuæ.

Hoc inquam in casu indistinctè vera est huiusmodi opinio, non est tamen indistinctè admittenda, cum causa noua non est proportionata offensioni.

Quid si enim agatur de illo, qui pacem fecit eo tempore, quo multum aduersario eius nocebat cũ non habere, veluti, quia existebat in carceribus, dicemus ne eum, qui tunc pacasè se admodum gessit, cum plurimum obesse poterat inimico suo absque suo periculo, post pacem factam voluisse sumere de huiusmodi offensione vindictam cum maximo dedecore, & periculo?

Idem accidit in eo, qui pacem fecit eo tempore, quo aduersarius erat bannitus, cũ enim tunc posset absque periculo vltionem sumere, bannitos enim impune plerisque in locis occidere licet, quis credat eum vltionem sumpsisse eo tempore, quo sine euidenti periculo id facere non licebat?

8 At dices, cũ hic, de quo agimus sit ingenij adeò mansueti, non est putãdum ipsum motũ fuisse ad offendendum ob leuem causam. Respondeo iustissimè commoueri eum, qui cum posset aduersario suo plurimũ obesse, id facere noluit, si deinde ab eo fuerit lacessitus, vt experientia docet, & ideò non est mirum, si iusto dolore excitatus plus eum offenderit, quàm offensio noua postulauerit, quod vbi accidit pax non frangitur, vt per Moron. de pace, q. 122. num. 24. Nonius conf. 111. nu. 8. Farinac. q. 107. a num. 464. Guazin. de pace par. 1. q. 44. num. 22. & 23.

9 Idem dicendum est si agatur de eo, qui sic viuere soleat, vt velit a se remouere omnem suspicionem crudelitatis, & malignitatis, cum enim fractores pacis pessimè audiant apud honestos viros incredibile est eum ob veterẽ causam motũ fuisse.

10 Quia verò in causis criminalibus ad reorum defensionem falsi testes non rarò examinantur, caueat iudex, ne facilis sit in credẽdo testibus de qua litate personæ testificantibus, quia aperta esset via eludendi leges, sed diligenter præteritam hominis vitam inquirat ab ijs, quos suspicione carere putat, caueat etiam ne ex dignitate, aut nobilitate huius rei probationem colligat, licet enim hæc inditia præstare non leuia possint, non sunt tamen satis, vt de hoc plenè constet prout oportet.

11 Non erit etiam admittenda huiusmodi traditio, cum agitur de homine valdè iracundo, & potente, nec in eo, qui sit notæ, & manifestæ strenuitatis, aut qui solitus sit de iniurijs sibi factis vltionem sumere, cum enim soleat hoc genus hominum excedere modum in vindicta, euidens causa est, cur plus offenderint, quam offensio sibi facta desideraret, & ideò non est, cur credamus reum de veteri iniuria voluisse sumere vltionem, hoc enim non esse præsumendum, cum alia occurrit idonea coniectura clari iuris est, & supponunt auctores in initio huius capitis allegati.

12 Idem obseruari debet, cũ de veteri iniuria sufficienter vltus fuit, & cum id facere noluit, cum oportunitas id faciẽdi ante pacem se se obtulisset, cum enim ratione veteris iniuriæ plenè ei fuerit satisfactum, propriè loquendo illa ex ta re nõ dicitur, & ideò propter eam non est dicendum offensionẽ factam fuisse.

13 Quod si cum posset damnum inferre ei, cum quo patefecit, & abstinuit, idem erit dicendum, quia odium cessauisse hinc constat, quod si odium reuixisse cõtendat fiscus, ad eum probationis onus pertinebit, l. 2. ff. de prob. quod si beneficijs prosecutus fuerit eum, cum quo fecit pacem, vel verè curauit ei prodesse, multò magis id erit admittendum, hinc enim constat deletam apud eum fuisse veteris iniuriæ tristem memoriam.

14 In decernendo autem an offensio veteri causæ respõdeat, an nouæ facilè labi potest iudex. Primò meminisse oportet, non esse bonam consequentiã, occidit eum, ergo modum excessit, quia non rarò accidit, vt is, qui non habebat animum occidendi, occidat; nam, vt dicere solemus, I colpi non si misurano, accidit etiam quandoque vt ille, qui occisus fuit dederit occasionem, vt aduersarius crudelius se gereret, quam destinauerat, quod etiam aliundè oritur non rarò, quã ex animo deliberato occidẽdi, propterea non euentum rixæ, sed modum eius perpendere oportet.

15 Non est etiam bona ratio cognoscendi id, de quo agimus, quod cũ socijs accesserit, multæ enim causę incidere possunt, cur socios duxerit, vel quia veretur ne sufficiant sibi propriæ vires, vel quia timet, ne alij adsint cum aduersario, vel vt ei opem ad elabendum ipsi præstent.

Ex eo etiam, quod punctim percusserit, non potest certò colligi id, quod quærimus, quando aduersarius armatus erat, nam punctim percutere solitum est, quandocunque rixari homines contigerit.

16 Ex eo igitur, quod sciens volensque, cum posset sumere vindictam offensioni nouæ æqualem, eam sumpsit, quæ veteri respondet iniuriæ, colligendum est vindictam modum excedere. Quod accidit, cum quis, qui cæsim poterat aduersarium armis carentem offendere, quod satis erat pro noua offensione, tamen sciens volensque eum punctim percussit.

Idem est, si, cum posset absque periculo magno cum gladio percutere, cum armis hastatis punctim vulne-

vulnerauit, aut archibusium in eum exonerauit.

Quod si aduersarium in terra iacentem pergit vulnerare punctim, cum satis pro noua causa eum offendisset, idem iuris erit, quia sciens volensque excedit modum nouæ causæ congruum.

17 Cumque quis retrorsum, aut prodi oriè aggreditur aduersarium, nisi talis sit, qui non fuerit ausus eum bona fide aggredi, idẽ iuris erit, hinc enim colligitur aperta mens excedẽdi terminum, quem noua causa desiderat.

Quod si is, qui solus sufficiebat ad eum offendendum, alterius opera vtatur, cur non existimemus eum veteris causæ memorem esse, & vltorem, nulla causa est.

18 Ad præsumendam autem fractionem pacis plurimum vrgebit, si reus interrogatus de causa, ob quam motus fuit ad offendendum, falsam causam allegauerit, cum enim in his, quę ex animo pendent soleat inspici testimonium eius, de quo agitur, vt per Menoch. *de arbitr. cas.* 186. *a num.* 4. vtique hac in re ei in eius damnum credendum est, cur enim falsam causam allegauit, si poterat veritatẽ dicendo se a crimine fractæ pacis expedire? hucque spectat id, quod communiter receptum est mẽdatium circa substantialia delicti plurimum contra reum vrgere, ad tradita per Farinac. *tit. de indiciis q.*...

19 Hoc tamen intelligi debet, si modò non superuenerint probationes verę causæ, quæ superueniẽntia a reo probanda erit, *l.* 2. *ff. de probat.* caueat autem iudex, ne decipiatur, quia nõn rarò falsi testes pro reorum salute inducuntur.

20 Ad pręsumendam autem fractionem pacis qualitas rei, & suorum erit diligentissimè inspicienda, iuxta regulam, semel malus, facilè enim existimandum esse ipsum ijs similem esse, quibus cum sanguine coniunctus est, vt experientia suadet, & ratio euincit.

21 Vbi autem hinc indè inditia, & coniecturæ aderunt, ita vt iudex in dubio versetur, qua de causa offenderit, pro exclusione fractionis pacis erit pronunciandum, atque ita sentiunt omnes, qui de hac materia tractant, & in his terminis accipiendi sunt illi, qui dicunt ad excludendam fractionem pacis satis esse semiplenam probationem, aut testem de auditu, aut coniecturas aliquas, iuxta tradita per Farinac. *d. q.* 107. *a nu.* 435. Magon. *decis. Lucens.* 100. *num.* 8. Moron. *de pace, q.* 113. Guazin. *d. quæst.* 45. *a num.* 6.

22 Cuius declarationis veritas, vt appareat, quia res maximi momenti est, considero, circa rem nostram duas oriri dubitationes; prima, an constet de noua causa; secunda, an præsumendum sit offensionem ex noua causa venisse.

Cum quæritur, an constet de noua causa, vtique fiscus hẽt intentionem fundatam, vt ostendi nu. 9. nouam causam non superuenisse. Opus est ergo, vt ille, qui eam allegat, illam modis legitimis probet, & sic plenè, cum nulla adsit lex, aut ratio, quæ ius singulare in hoc delicto grauissimo, & perniciossimo Reip. introducat.

Ne ergo dicamus DD. prædictos absque ratione, & lege asseruisse imperfectam probationem sufficere in hoc delicto, earum doctrina prædicto modo est intelligenda, ne detur occasio hominibus cum maximo Reipub. damno tanto sceleri se immiscere.

23 Quæ hucusque de fractione pacis scripsi pertinent etiam ad vindictam transuersalem, quia eadẽ est prorsus ratio, quò ad hãc partem, cum in illa ẽt inspiciatur causa propter quam offensio fuit facta.

Ex tractatu pacis, vel ex ipsa pace, quæ nam oriatur probatio delicti. Cap. XXIIII.

1 CVm is, qui de aliquo delicto accusatus, aut inquisitus fuit, tractat de pace, vel init pacem cum eo, qui offensus fuit, quæ nam hinc colligatur aduersus eum delicti huiusmodi præsumptio variè exponitur a DD. adeas Cepollam *cautel.* 158. Vulpell. *de pace q.* 27. *& cons.* 88. *in principio.* Mascard. *conclus.* 500. Clarissimum D. Petrum Caballum *casu* 74. Clar. *§. fin. q.* 21. *nu.* 38. Farinac. *tit. de inquisit. q.* 5. Guazin. *de pace p.* 1. *q.* 27.

2 Hæc dubitatio habet duas partes. Primò enim dispicere oportet, an satis hoc sit, vt iudex reũ possit condemnare. Secundò, si non est satis ad condemnandum, quantum aduersus reum vrgeat hæc præsumptio.

Cum de condemnando reo agitur, pacis tractatus nunquam poterit esse ad id efficiendum satis; cum enim non rarò accidat eis, qui de aliquo crimine inquiruntur, plurimum suffragari pacem ab offenso obtinere, non est bona ratiocinatio eorũ qui dicunt non tractauisset de pace, nisi eum offendisset, & ideò non potest esse sufficiens probatio ad sententiam contra reum ferendam, *l. fin. C. de probat.* pro qua sententia alia afferrem, sed res explorata est.

3 Explicemus nunc, an ex ipsamet pace oriatur probatio, quæ sit satis ad condemnandum, quo casu, aut iudici solum constat pacem fuisse factam, aut constat de verbis, quibus fuit facta.

Si de pace solum constiterit, idem iuris est, quod in tractatu de pace esse diximus, quia eadem ratio militat, quod si de verbis pacis constiterit, in quibus tamen non continetur clara, & dilucida delicti confessio, idem erit dicendum cum confessio non aliter noceat quam si clara admodũ sit, vt per Bec. *cons.* 11. *a num.* 14. Surd. *cons.* 425. *num.* 17. Rot. *p.* 1. *diuers. decis.* 121. *num.* 18. & alij passim.

4 Cum verò constat de verbis, quibus pax fuit facta, distinguendum est, an per testes id constet, an per scripturam. Si per testes constiterit, quæstio ex eo pendet, an cõfessio delicti extraiudicialis plenè probata satis sit ad condemnandum reum, de qua re scripsi suprà c. 13.

Vbi autem per scripturam de hoc apparebit, si reus eam in actis nõ exhibuerit, idem iuris est, quia extraiudicialis confessio est; si verò eam ipse exhibuerit, secus erit, quia hoc habet vim confessionis in iudicio factæ, ad tradita per DD. *in c. cum olim Ecclesia, de censib. in cap. cum super, de off. & pot. iud. deleg.* & per Sigismundum Scacciam *in praxi, tom.* 2. *c.* 11. *num.* 408. *cum sequentibus.*

5 De secundo capite nunc agamus, quam nã vim hæc res habeat ad inducendam præsumptionem delicti contra reum, cum non agitur de condemnando eum ex hac sola præsumptione.

Et quod pertinet ad tractatum pacis diligenter inſpiciendum eſt, quis de pace tractauerit, & an ſciente reo id factum fuerit.

Quod ſi ſciente, volenteque reo, de pace actum fuerit, puto hoc ſatis eſſe ad turquendum eum, niſi enim apud graues, & prudentes viros eius opinio grauata eſſet, non curauiſſet de pace tractari, cum non ſoleant homines pacem facere cum ijs, quos non læſerunt, & quia hoc auget ſupicionem eum eſſe reum delicti, qui de pace tractari curat, quod homines diligenter euitare ſtudent, hocque in ſtatu Eccleſiaſtico multò magis obtinebit, quia propter grauiſſimas pœnas contra pacifragos conſtitutas, periculoſa res eſt facilem eſſe in ineunda pace.

6 Si verò ignorante reo pax tractata fuerit, inſpiciendum eſt, quis de pace egerit, ſi enim is fuerit coniunctus valdè cum reo, idem iuris erit, quia de pace non tractauiſſet, niſi eius opinio grauata eſſet apud homines, & quia plerunque accidit id fieri volente reo, licet enim de ſcientia eius in actis non conſtiterit, facilè tamen exiſtimandum eſt ex voluntate eius id factum fuiſſe, experientia enim eſt rerum magiſtra.

7 Quod ſi is, qui cum reo non eſt valdè coniũctus pacis tractatum inierit, aliud erit dicendum, cum ratio eiuſmodi ceſſet, augebit tamen ſuſpicionem contra reum.

8 Supereſt, vt de pace tractemus, eam autem ſolã præſtare inditium ſufficiens ad torturam non eſt dubitandum ex rationibus ſuprà allegatis, quæ cũ vrgeant etiam quando pax gratis, & cum inficiatione delicti facta fuit ſiue per reum, ſiue per procuratorem, in his caſibus idem iuris erit. Quod etiam erit obſeruandum, cum pax generaliter facta fuit, & in caſibus, in quibus de crimine tranſigere licet, quia eadem prorſus ratio viget.

Et ex his tollunt ea, quæ contra noſtram ſententiam allegantur,

Ex indubitatis inditijs, quænam pœna contra reum ſtatui poſſit ad l. final. C. de probat.

Cap. XXV.

1 *SCiant cuncti accuſatores eam rem in publicam notionem ſe debere defferre, quæ munita ſit idoneis teſtibus, vel inſtructa apertiſſimis documentis, vel inditijs ad probationem indubitatis, & luce clarioribus expedita,* ſunt verba *l. final. C. de prob.*

Inſtruitur his verbis accuſator quemadmodum poſſit ſuam intentionem plenè probare, & inter alia, quæ ad id efficiendum numerãtur, indubitara inditia recenſentur, circa quę duæ oriuntur dubitationes. Prima eſt, an indubitata inditia ſatis ſint ad puniendum reum pœna ordinaria. Secunda, an ex præſumptionibus hominis inditia huiuſmodi colligi poſſint.

Poſſe reum pœna ordinaria puniri cum aduerſus eum extant indubitata inditia docent Abb. *in c. afferte, num. 6. in principio, iuncto verſ. aut agitur, de præſumpt.* Bellam. *deciſ. 688. num. 33.* & alij, de quibus Maſcard. *concl. 865. a num. 2...* Sarmien. *lib. 1. ſelect. c. 1.* Peguera *deciſ. 17. a num. 41.* Menoch. *de præſumpt. lib. 1. quæſt. 97. nu. 83.* & ſecundum hanc ſententiam iudicatum fuiſſe, teſtis eſt Grammat. *deciſ. 56. in fine.*

2 Contrarium docet Innoc. *in c. quia veriſimile, num. 2. de præſumpt.* quem plurimi ſequuntur, vt conſtat ex Marſil. *in Rub. de probat. nu. 160.* Tiraq. *de pœnis temp. cauſa 27.* Farinac. *de reo confeſſo, q. 86. num. 110. & num. 112.*

3 Prima opinio veriſſima eſt, & digna, quam iudices ſequantur, dummodò inditia verè indubitata ſint, hoc eſt talia, vt reus ex ipſis ita coniunctus ſit, vt ſine calumnia non poſſit delictum inficiari, cum enim *in d. l. finali* exponantur ea, quæ ſatis ſunt ad implendam intentionem accuſatoris, & inter alia indubitatorum inditiorum fiat mentio, ſequitur ex ipſis accuſatoris intentionem impletã fuiſſe, quod vbi accidit nulla cauſa eſt, cur diſcedatur a pœna ordinaria, nullam enim aliam adeſſe ſupponimus cauſam a pœna ordinaria eum excuſandi; quomodo enim hæc conſiſtere poſſunt, vt inter legitimas probationes inditia indubitata recenſeantur, & reum per hæc inditia conuictum a pœna ordinaria excuſari, equè, ac ſi conſtaret de delicto per genus probationis extraordinarium, & ſingulare?

Deindè conſtat reum conuictum per teſtes, vel oris proprij confeſſionem pęnam ordinariam ſubire, cur ergo in d. lege ſimul cum his indubitata inditia coniunguntur, ſi diuerſum ius inter ea conſtituitur?

Quod tantò minus ferendum eſſet, quod rem ex profeſsò legislator tractat, nullaque cauſa extat cur hæc differentia conſtituatur, cum per inditia indubitata delicti auctor ita clarè detegatur, vt nulla ſuperſit apud iudicem dubitatio, quin res ſic ſe habeat, ſi enim ſecus eſſet non eſſent inditia indubitata. Nihil enim amplius ex teſtibus, vel ex rei confeſſione aſſequimur, immò non ita clarè res ponitur in aperto per teſtes, ac fit per inditia indubitata, quoniam non poteſt penitus ſciri, quàm bene ſint teſtes erga reum animati, quot enim ſunt, quos omni exceptione maiores exiſtimamus, qui tamen falſi ſunt?

Et ex his ſublata ſunt argumenta, quæ ex aduerſò adducuntur, quæ propterea omitto, non præte-
4 ribo tamẽ inter eos, qui negant eum de quo agitur poſſe puniri pęna ordinaria controuerti, an ſaltem pœna corporali poſſit puniri reus inditijs indubitatis conuictus. vide Tiraq. *de pœnis temp. cauſ. 27. num. 2.* Grammat. *56. & 96.* Boſſ. *tit. de reo conuicto a num. 34.* Clar. *§. final. quæſt. 20. verſ. ſcias tamen.* Farinac. *d. q. 86. num. 113. propè finem, & numeris ſequentibus.*

Opinio eorum, qui aiunt pęnam corporalem imponi poſſe in foro, ſępius recepta eſt, vt teſtantur Clar. & Farinac. *vbi ſuprà num. 117.* & ideò illi iudices adhærere debent, etiamſi non habeant arbitrium ampliandi pœnas, quicquid dixerit Farinac. *ibi num. 118.* quia nulla cauſa eſt, cur ab ea recedatur.

Si enim vim rationũ, & iuris auctoritatẽ pluris facimus, quam auctoritatem interpretum ex dictis patet euidentiſſimam eſſe hãc ſententiam, ſi enim tanti intereſſet inter inditia indubitata, & probationem quæ per teſtes fit, & confeſſionem, cur *in d. l. fi-*

d. l. finali, dum exponuntur ea, ex quibus impletur intentio accusatoris insimul coniunguntur, nullo nobis relicto, nec minimo quidem inditio, vllam esse differentiam, an accusator probauerit suam intentionem per testes, confessionemque rei, aut per inditia indubitata?

5 Si verò vsus forẽsis, cuius summa est apud pragmaticos auctoritas, præualere debet, hæc opinio erit obseruanda, cum amplissima tribunalia eã seruare soleant, scilicet Senatus Mediolanensis, & consiliũ Neapolitanum, non quidem ex arbitrio, quod habent ampliandi pœnas, sed auctoritate legum nostrarum, & ex iuris ratione, vt constat ex suprà deductis.

6 Differamus nunc, an ex præsumptionibus hominis inditia hæc indubitata colligi possint, quod affirmant Dec. *in c. tertio loco, num. 57. in fine, de prob.* Marsil. *in l. 1. §. idem Cornelio, nu. 3. post medium, de quæst.* Boss. *de reo conuicto, num. 20. & 25. & 37. & in titulo de partu sup. num. 34.* Cesal. *cons.* 448. *num. 20.* & alij, de quibus Menoch. *lib. 1. præsumpt. quæst. 58. n num. 20. & quæst. 97. n num. 15.* Farinac. *d. q. 86. num. 89. & 90.*

7 Contrarium docent gloss. *in l. absentem, verbo damnari, in fine, de pœn.* & ibi Bart. *col. 1. vers. venio ad secundum.* Mascard. *conclus.* 1221. *num.* 80. & alij, de quibus Menoch. *d. q. 97. num. 22.*

Prior opinio retinenda est, quia cum inditia ex præsumptione hominis desumpta sint apta ad ponendum in aperto delicti auctorem equè, ac inditia ex præsumptione iuris deducta faciant, nulla causa est, cur verba *d. l. finalis*, quæ vtraque continẽt, restringantur ad inditia ex iuris præsumptione collecta.

8 Quod tantò minus ferendum est, quòd inditia ex hominis præsumptionibus elicita magis ad id, quod quærimus apta sunt, cum ex ipsiusmet rei gestæ circunstantijs eliciantur, iuxta ea, quæ scripsi infrà c. 36. num. 2.

Procurator ad lites, qui substituendi alium ius habet, an periculo suo substituat. Cap. XXVI.

1 SI quis mandatum ad lites susceperit cum facultate substituendi, si alium subrogauerit, an periculo suo substituat dubitari potest.

Negatiuè respondet Salic. *in l. quod quis, nu. 3. C. de procur.* dummodò eum substituat, qui communiter idoneus existimabatur, sequitur Vincen. Franc. *decis.* 212.

2 Mouetur Salicet. primò *ex l. argentum 20. ff. commod.* dum tractans de eo, qui argentum sibi commodatum tradiderat seruo, de cuius fide nemo suspicari poterat, ait non teneri, si seruus corruptus fuerit. Cum enim eandem culpam præstent cõmodatarius, & procurator, *l. contractus, ff. de reg. iuris*, non obscurum hinc argumentum colligi videtur ad fauorem eius, qui substituit illum, qui communiter idoneus existimabatur, concordat *cum d. l. argentum* tex. *in l. eũ, qui* 10. *§. fin. iuncta l. seq. eo. tit.*

3 Mouetur secũdò Salicetus *ex l. apud Labeonem 22. §. fin. ff. de præscript. verb.* vbi dicitur, si quis vasa argẽtea apud se a vasculario inspiciẽda relicta, per seruum, qui aufugit, remiserit, de culpa teneri: si ergo culpa careat, quia elegit seruum, qui suspicione carebat, non tenebitur, idem ergo in re nostra dicere debemus, vtriusque enim quòad rem nostram par conditio est *d. l. contractus 24. de reg. iuris.*

4 Tertiò mouetur Francus ex notatis per gloss. *in c. 1. §. 1. littera M. de procur.* dum docet procuratorem substitutum censeri ab ipso domino constitutum, cum is, a quo substitutus fuit habuit ius substituendi, sicut ergo, ait Francus, is, qui immediatè constituitur a domino, periculo domini litem tractat, ita ille, de quo agimus, tractabit.

5 Contrariam sententiam sequor, quia procurator de omni culpa tenetur, *l. a procuratore 13. C. mãdati.* vnde in re mandata eodem tit. dicitur, *oportere eum, qui alienũ negotiũ suscipit exacto officio tractare, quia nec quicquã in eorũ administratione neglectum, aut declinatum culpa vacuum est.*

Hinc enim sequitur teneri eum, de quo agimus, quia non fuit diligens in inuestigandis ijs, quæ circa causam procurator substitutus faciebat, aut facere meditabatur, vt facere solent viri diligentes, qui procuratorum diligentiæ non satis confidentes, iugiter circa causam meditãtur, hoc enim si ab eo factum fuisset, de quo tractamus, res diligenter acta fuisset.

6 Primum argumentum ex eo tollitur, quod ibi agitur de ea re, quam commodatarius non poterat secundum dignitatem suam per se facere; dedecebat enim eum argenta circunferre, & ideò non est mirum, si excusetur, quia elegit eum, de quo nemo suspicari debuit, quod si contenderis, immò parẽ causam esse caueas, ne excedas terminos huius textus, qui agit de eo, qui eum elegit de quo nemo suspicari debuit, & ideò non erit satis procuratorem cõiter idoneus existimari, sed opus est, vt talis fuerit, vt nemo de eius probitate, diligentia, & peritia suspicari debuerit.

Et ex hac responsione tollitur etiam argumentum secundo loco propositum.

7 Ad tertiũ respondeo, eum videri a domino constitutum, quod ad hoc, vt non possit id, quod fecit impugnare, iuxta regulam, qui per alium fecit per se facere videtur, & ideò non rectè hinc colligitur eum nõ teneri de culpa, qui illum substituit, neque enim dubium est procuratorem non exactè suum exequentem munus de omni culpa teneri *d. l. a procuratore, & d. l. in re mandata, C. mand.*

8 Hæc autem accipi debent de eo, qui mandatum ad lites suscepit, nam si constitutus fuisset procurator ad substituendum, satis est, si eum elegerit, qui peritus, diligens, ac probus communiter existimabatur.

Possessor an condemnari debeat ad restitutionem fructuum a die litis contestatæ in priori iudicio, cuius instantia perijt ad l. certum, C. de rei vindicat. *Cap. XXVII.*

1 SI instantia iudicij cępti perierit, eaque restaurata actor ita suam impleuerit intentionem, vt reus idemque possessor condemnari debeat, dubitatur, an damnari debeat ad restituendos fructus ex die, quo in priori iudicio lis fuit contestata.

Affirmat Bart. *in l.x.num.4.C.de fruct.& lit. expens.* Menoch. *recup.poss.remed.* 15.*nu.*597. & alij, de quibus Robertus Lancellotus *de attentatis*, *p.*2. *in præfat.c.*4.*num.*506. D.Fachin.*lib.* 1.*c.*60.

2 Negat verò Accurs. *in d.l.* x. & cum eo Salic. *ibi num.*8. & alij de quibus Tiraquell. *de retract. lignagier,§.*15. *gloss.*x.*num.*18. & 19. Nicolaus Valla *de rebus dubijs*, *q.*15. & hanc sententiam mutata opinione tuetur D.Fachin.*lib.* 11.*c.*73.

Pendet hæc disceptatio, an id quod dicitur *in l. certum,C.de rei vindicat.* possessorē ex die litis contestatæ omnes fructus restituere ex euentu litis dependeat, si enim hoc admittimus, non est dubium litis contestationem in priori iudicio factam negligi debere.

3 Sed si verū amamus, hoc nullatenus admitti debet, quia non alia de causa possessor vniuersos fructus a die litis contestatæ restituit, quàm quia ex eo tempore malam fidem habere incipit. Audi I.C. *in l.sed si lege, §.etiam si ante, ff.de petit. hæred. Post litem contestatam omnes incipiunt malæ fidei possessores esse, cæpit enim scire, rem ad se non pertinentem possidere is, qui interpellatur.*

Non est ergo quærendum de euentu instantiæ, nam animus, ex quo bona, vel mala fides pendet, *l. bonæ fidei, de acq.rer.dom.l.*3 *ff.ad l.Fab.de plagiar.l. bonæ fidei, de reg.iur.c.si virgo* 34.*q.*x. non propterea induit bonam fidem, quod instantia perierit, cum non propterea desierit de iure suo dubitare, nam ex eo, quod perierit instantia, nō potest colligi, actorem, qui bonum ius fouebat, renunciauisse iuri suo, vel de euentu desperauisse, cum plurimæ causę excogitari possent, cur hoc acciderit, veluti negligentia, aut imperitia actoris, aut patroni causæ, aduersa valetudine, absentia, & mille infortunia, quæ infelicem hanc vitam iugiter angunt, prætercam.

4 Pro contraria sententia primò adducitur, litis contestationem, non cum contineat plenā veritatis notitiā, per se non esse satis, vt possessor fructus reddere teneatur, sed opus esse sententia, quę ob lapsū instantiæ in iudicio, de quo agimus, lata non fuit.

Respondeo litis contestationem excitare possessorem ad inquirendum, an res ad se pertineat, & cum non iure eam habeat, credimus ipsum de iure suo dubitare, quò respexit I.C. dum dixit *in d.§. si ante, Post litis contestationem omnes incipere malæ fidei possessores esse.*

Huc etiam respicit tex. *in l.x.C.de fructib.& lit. expens.* dum ait, *Exoluat ex eo tempore, ex quo re in iudicium deducta scientiam malæ fidei possessoris accepit*, itaque falsum est, quod in argumento assumitur litis, nempe contestationem non sufficere, vt fructus restituere teneatur.

5 Secundò pro eadem sententia adducitur hoc argumentum, fructus, de quibus agimus, officio iudicis petuntur, *l.*4.*§.post litem contestatam, ff.finium reg.* ergo non potest reus lapsa instantia damnari, quia iudicis officium tunc silet.

Respondeo iudicem posse condemnare possessorem ad fructuum restitutionē ab eo die, quo malæ fidei esse cępit, hocque est munus eius, qui causæ disceptationem habet, propterea iudex, de quo agimus, id facere potest, etiam si prior instantia perierit vi, & potestate iudicij, quod corā eo versatur.

Alimenta pendente lite super hæreditate an sint decernenda actori non habenti vnde viuat ad l.si instituta, §. de inofficioso, ff. de inoffic. testamento. *Cap. XXVIII.*

1 *DE inofficioso testamento nepos contra patruum, vel alium scriptum hęredem pro portione egerat, & obtinuerat, sed scriptus hæres appellauerat; placuit interim propter inopiam pupilli, alimenta pro modo facultatum, quæ inofficiosi testamenti accusatione pro parte ei vindicabantur, decerni, eaque aduersarium ei subministrare necessè habere vsque ad litis finem*, sunt verba *l.si instituta, §.de inofficioso, de inoffic.testam.* Dubitant nostri, an extra personam filij, aut nepotis hoc ius sit obseruandum, an scilicet indistinctè ei, qui agit ad hæreditatem, si pauper sit, ita vt non habeat vnde viuat, & cætera, de quibus in hoc tex. fit mentio, concurrant, sint alimenta pendente lite decernēda, alijque aiunt, alij verò negant. vide Couar.*pract.qq.c.*6.*nu.*6. Menoch. *lib.*2.*præsumpt.*35. *nu.*17. Ioseph. Lud. *decis. Perus.*46. *a nu.*3. Surd. *de alim. tit.* 1. *q.* 16. & *seq.* Valasc.*consult.* 1. *a num.*9. Io.del Castil. *lib.*3 *controuers.c.*27.*a nu.*58. vbi alios refert, & latè insistit.

2 Tota hæc dubitatio pendet ex ratione, ex qua decisio huius tex. deducta fuit. Si enim ad alios pręter filium, nepotemque pertinebit, non erit incongruum ad alios quoque hanc trahere decisionem. Tres autem afferuntur potissimæ rationes. Prima ducitur *ex l.* 1.*§. sed et si incertum, ff.de ventr.in poss. mitt.* dum ait, *Melius esse dispendia inutilia facere, quàm denegare alimenta ei qui bonorū dominus quandoque futurus est*. Secunda deducitur ex eo, quod si dicimus non esse cogendum reum ad subministranda alimenta actori pauperi, actor propter inopiam cogetur iura sua indiscussa relinquere, quod æquitas non videtur admittere, æquum enim est vnumquemque posse iusdicentem adire, & iura sua experiri. Tertia ratio elicitur ex vinculo sanguinis, quo iungebatur filius, & nepos cum defuncto de cuius hæreditate agitur.

3 Harum rationū vim nunc expendamus; & quod pertinet ad primā, quod dicitur *in d.§.sed et si incertum, Melius esse dispendia inutilia facere, quam alimenta denegare ei qui dominus bonorum quandoque futurus est*, accipiendum non est de eo, qui litem, de cuius euentu dubitatur super dominio aliquorum bonorum mouit, sed de eo, quem certum est aliquo casu adueniente dominum bonorum futurum esse, nam tex. tractat de posthumo præterito, qui aliquo casu futurus erat suus hęres; eo enim casu adueniente absque controuersia, dominus bonorum posthumus futurus erat, quia tunc temporis clari iuris erat testamentum ob præteritionem sui hęredis penitus perire, *l.* 1.*ff.de lib.& posth.& Inst.de exhęred.lib.in princ.* verba textus hæc sunt.

Sed et si incertum sit, aliquo tamen casu possit existere, quo, qui editur suus futurus sit, ventrem mittemus: æquius enim est vel frustra nonnunquàm impendia fieri, quam denegare aliquando alimenta ei, qui dominus bonorum aliquo casu futurus est.

4 Non potest igitur ex hoc tex. argumentum colligi in quæstione nostra, quia agimus de controuersia su-

sia super hæreditate mota, de cuius euentu dubitari potest, longè enim melior est conditio eius, quem certum est aliquo casu futurum esse rei petitæ dominum, quam sit eius, de quo dubitari potest, an vn quam huiusmodi dominium habiturus sit.

5 His accedit alimenta, quæ ventri dantur modico tempore durare, ea verò quæ pendente lite decernūtur diù durare posse, longius enim lites quandóque progrediuntur: non licebit igitur arguere à decisione huius tex. ad quæstionem nostram, quia à maiori ad minus argui non potest affirmatiuè, vt omnes norunt.

6 De secunda ratione nunc tractemus, quæ ex eo ducitur, quia aliàs non posset actor iura sua experiri; quod quis non possit iura sua experiri, duplici de causa accidere potest, qa aditus ad iusdicentem ei nō pateat, vel quia nō possit eas subire impensas, quæ in litibus prosequendis necessariò fiunt; cum aditus ad iusdicentem præcluditur, iustitia æquitasque grauissimè offenduntur, cum verò inopia eum ad iudicium accedere non finit, non semper iustitia offenditur: quid si enim absque alterius culpa in huiusmodi inciderit inopiam? quid si sua culpa hoc ei incommodum acciderit?

7 Vt ergo iustitia, æquitasvè offendantur, cū propter inopiam non potest quis iura sua experiri, necessè est, vt culpa, vel dolo alicuius in hanc ipse inciderit iacturam: itaque nisi constiterit dolo, vel culpa alterius actorem inopia præmi, non licebit nobis affirmare, iniquum esse eum cogi præ inopia iura sua indiscussa relinquere; cumque culpa debeat suos tenere auctores, nō licebit eam aduersus illos allegare, qui culpę sunt expertes.

8 Non licebit igitur nobis affirmare, posse iusdicentem alimenta decernere actori pauperi super hæreditate quæstionem mouenti, nisi possessoris, aut eius cuius hæres est, culpa inops factus fuerit.

Non licebit etiam hoc admittere, nisi prius de culpa eiusmodi per cōfessionem partis, aut per rem iudicatam constiterit; nam actore plene intentionem suam non probante reus absoluitur, *l. qui accusare, C. de edendo*, non possumus igitur affirmare hanc esse idoneam rationem, vt indistinctè alimenta actori pauperi decernantur, cum super hæredita te controuersia mouetur.

9 Hancque rationem esse nullius momenti indè liquet, quod si ipsa valeret in omni iudicio actori pauperi alimenta decernenda essent, quod nec leges, nec vsus admittunt. vide Didac. Couar. *practic. qq. c. 6. num. 6. in princ.* Aluar. Valasc. *consult. 1. num. 6.* Surd. *de alimentis tit. 1. q. 110. nu. 1. cum seq.* Io. del Castill. *lib. 3. controuers. quotidian. c. 27. nu. 57. cum sequentibus.*

10 Superest tertia ratio ex vinculo sanguinis deducta, quam optimam esse reor, idque vt constet præmitto: obligationem alendi filios etiam ad hæredes parentum transferri quandoque, *l. si quis a liberis, §. item rescriptum, ff. de liber. agnosc.* Secundò pręmitto iusdicentē in decernendis alimentis charitatem naturalem ex vinculo sanguinis descedentem præ occulis semper habere debere, *d. l. si quis a liberis, §. vtrum.*

11 His pręmissis dico, non alia ratione motum fuisse iusdicentem ad alimenta decernenda in specie, de qua agimus, quam ex charitate naturali ex vinculo sanguinis descendente; hæc enim nō patitur, vt nepos impubes, quem, iniustè exhæredatum fuisse prima sententia, declarauit, miserè præ inopia vitam ducat, alijs paternam hæreditatem ex testamento, quod breui rescindi velut inofficiosum speratur, possidentibus, non patitur inquam æquitas, quia nimis durum est hæreditatem patris extraneis opi parē alimenta subministrare, filio autem impuberi eā denegare, quæ vitæ sustinendæ necessaria sunt. vide tex. *in d. l. si quis a liberis, §. si vel parens, in fine.*

12 Decisio itaque huius tex. quæ ex vinculo sanguinis dependet, in illis solum sibi locum vindicabit, quibus propter huiusmodi vinculum alimenta debentur, de quibus *in d. l. si quis a liberis*, ad alios autem nullatenus erit porrigenda.

Alimenta præstita actori iuxta l. si instituta, §. de inofficioso, ff. de inoffic. test. *an sint imputanda, si actor vicerit, & restituenda si fuerit victus, & an hoc nomine cautio exigi possit.* Cap. XXIX.

1 CVm iusdicens alimenta actori pauperi decreuit pendente lite, an si vicerit imputanda sint ei, & an ea restituere teneatur, si victus fuerit, & an cautio huiusmodi exigi possit, tractāt Masuer. *in praxi tit. de possess. num. 27.* Couar. *pract. c. 6. num. 7.* Molin. *de primog. Hispan. lib. 2. c. 16. a num. 41.* Surd. *de alim. tit. 1. q. 125.* Io. del Castil. *controuers. iur. c. 27. a num. 71. lib. 3.*

2 Si de imputatione loquamur, esse ei locum indubitatum puto, si enim in executione sententiæ actor peteret id, ex quo alimenta fuerunt deducta, vtique bis idem peteret, quod bona fides non patitur, *l. bona fides, ff. de reg. iur.*

3 Si verò de restitutione tractemus, distingo, aut agimus de personis, quibus iure naturæ alimenta debentur, aut de alijs. Si de illis agimus, quos natura nos alere iubet, eam cessare reor, quia cum quis his personis alimenta pręstat, dissoluit debitum ei a natura iniunctum, quod vbi contingit fieri non potest, vt locus sit repetitioni, non consistunt enim insimul, quod quis debitum soluat, & quod habeat ius repetendi id, quod tradidit, *l. frater a fratre, de condict. indeb.* & alibi.

4 Si de alijs personis loquamur, aliud esse puto, qđ, vt ostendam verum esse, præmitto nullam esse legem, quę his personis alimēta decerni iubeat, sed ex DD. traditionibus quibusdam id fieri, itaque decretum iusdicentis, alimenta decernentis, eatenus vim habebit, quatenus patiuntur rationes, quibus mouentur DD. ad huiusmodi opinionem sequendam.

5 Itaque si ostendero rationes huiusmodi non liberare actorem a restitutione alimentorum, si succubuerit, vtique huiusmodi decretum non erit sufficiens ad liberandum actorem a restitutione alimentorum, quæ ex aliena habuit substantia.

6 Duæ autem sunt rationes, quibus DD. mouentur, de quibus tractaui in c. antecedenti. Prima est, quia melius est quandoque mutilia impendia facere, quam denegare alimenta ei, qui dominus bonorum quandoque futurus est, *l. 1. §. sed & si incer-*

tum,ff.de ventre in poſſeſ. mitt. & ideò alimenta decreta ventri, non reſtituuntur, ſi mulier non fuerit prægnans,ſi modò abſit calumnia, *l.* 1. *§.intereſſe, ff. ſi mulier ventr. nom.* Secunda ratio indè deducitur, quod æquitas non patitur aliquem cogi propter paupertatem iura ſua indiſcuſſa relinquere.

7 Quod pertinet ad primam rationem, reſpondeo ideò alimenta præſtita mulieri, quæ dixit ſe prægnantem, cum reuera non eſſet, non repeti, quia nullus extat, a quo repeti poſſint, nam vbicunque mulier bona fide dixit ſe prægnantem, abſurdum eſſet eam cogi ad reſtituenda alimenta, quæ ventris cauſa, non ipſius, fuerunt decreta; itaque hæc ratio non ſuffragatur ei, de quo agimus, quia ipſius cauſa, non alterius, alimenta decreta fuerunt.

8 Secunda ratio etiam inſufficiens eſt, quia æquitati dictanti non eſſe cogendum aliquem propter paupertatem iura ſua indiſcuſſa relinquere plenè ſatisfit, ſi ita alimenta præſtentur, vt liberum ſit actori cauſam ſuam proſequi, & tutari, quod procul dubio contingit, cum alimenta præſtantur cum onere reſtitutionis, ſi ſuccubuerit.

9 At dicunt aduerſarij, immò hoc impedire actorem, ne iura ſua experiatur propter timorem reſtitutionis, ſed vigilantium hæc inſomnia ſunt, ſi enim de iure ſuo actor dubitat, iniquum eſt alimenta eum ab aduerſario petere, quid enim abſurdius eſt, quam poſſeſſorem cogi alimenta alicui præſtare, qui contra ipſum iura obſcura, ac turbida experiri vult? qua de cauſa noſtri, vno ore, aiunt alimenta, de quibus agimus, non aliter decerni, quam ſi vrgens aliqua extet præſumptio boni iuris actoris, vt in c. ſequenti tractabimus.

10 Tractemus nunc, an cautionem præſtare cogantur illi, qui alimenta decerni ſibi pendente lite poſtulant, cum ex illis ſunt, qui ea reſtituere tenētur, ſi ſuccubuerint; cumque nulla extet de hac re lex, ad regulas iuris confugiendum eſt.

Eas autem, ſi attentè conſideremus, cautionem huiuſmodi exigi poſſe exiſtimo. Nam in iure noſtro, quicunque petit id, quod aliquo caſu cogi poteſt alteri reſtituere, cauere tenetur rem ſaluam fore, *l. final. C. de ordin. cognit. l.* 1. *ff. vt legat. vel fideicom. nomin. caueat. l.* 1. *in princip. ff. ſi cui plus quam per l. Falcidiam, l.* 8. *ff. famil. herciſcundæ, l. item Labeo* 23. *in fine, cum l. ſeq. eod. tit. & ff. de pet. hæred. l.* 5. *&* 6. *& l.* 1. *C. vti poſſid.*

11 Nec dicatur *in l. finali, C. de ord. cognit. & in c. ex parte, de accuſ.* alimenta pendente lite actori decerni, nullamque cautionis huiuſmodi mentionem fieri, quod non erat prætermittendum, ſi neceſſariò præſtari deberet, quia differentia in promptu eſt, is enim, de quo agitur *in d. l. final.* petebat alimenta ex rebus ab ipſomet poſſeſſis, is verò, de quo agimus ea poſtulat ex rebus ab aduerſario ſuo detentis, nec vi, nec clā, nec præcariò inter hos enim caſus euidens eſt diuerſitas, & ideò ab eo, qđ in d. l. habetur arguere non licet in quæſtione noſtra.

11 Ad tex. *in c. ex parte, de accuſat.* reſpondeo ibi alimenta ex bonis Monaſterij decerni Monacis, qui accuſauerunt Abbatem; ad Monaſteriū enim pertinet alere Monacos, maximè, cum ad illud iuuendum labores, & pericula ſubeunt, nil mirum ergo ſi de cautione mentio non fiat eo loci.

13 Sed quid ſi non poſſit actor pauper fideiuſſionē inuenire, an cautionem iuratoriam admittere iuſdicens debeat, incommoda ſe ſe offerunt vndique. Si enim cautionem huiuſmodi admittimus, nulla remanet ſpes actori recuperandi alimenta; ſi eam reijcimus, tolli videtur facultas reo iura ſua proſequendi.

14 Quid igitur agendum erit? Equius eſſe exiſtimo cautionem iuratoriam non admitti, quia ſi actoris cauſa bona erit, & maxima ſit victoriæ ſpes, prout neceſsè eſt adeſſe, vt alimenta decernantur, vix eſt, vt non reperiatur aliquis qui fideiubeat, cū per partes fideiuſſio fieri poſſit, & agatur de quantitate non magna.

Alimenta pendente lite vt decernantur, an ſit neceſsè latam fuiſſe pro actore primam ſententiam, & an ei decerni poſſint, qui habet quaſdam perſonas qui eum alere tenentur ad d. l. ſi inſtituta, §. de inofficioſo, de inoff. teſt. *Cap. XXX.*

1 SVperſunt duæ dubitationes circa materiam *l. ſi inſtituta, §. de inofficioſo, ff. de inoff. teſt.* de qua egimus in capitibus antecedentibus.

Prima eſt, an neceſſarium ſit latam fuiſſe ſententiam ad fauorem actoris, de qua agunt poſt vetuſtiores interpretes Couar. *pract. c.6. num.6.* Ceſal. *conſ.* 127. *num.* 10. Molin. *de primog. lib.2. cap.16. nume,* 36. Menoch. *lib.1. præſumpt.* 35. *a nume.* 3. Surd. *de alimen. tit. 1. quæſt.* 112. *num.* 18. *&* 19. D. Steſanus Gratianus *tom. 1. diſcept. forenſ. cap.* 55. *num.* 51. Io. del Caſtil. *lib.3. controuerſ. c. 27. nume.68.* D. Fachin. *lib.* 12. *c.* 62.

2 Si de illis perſonis agamus, quas natura nos alere iubet, exiſtimo non eſſe neceſsè præciſè latam fuiſſe ſententiam primam pro actore, quia talis circunſtantia accidere poteſt, vt charitas naturalis, quam in decernendis alimentis huiuſmodi perſonis iuſdicens ſequi debet, *l. ſi quis a liberis, §. vtrū, ff. de liber. agnoſ.* iubeat alimēta decerni actori pauperi antequam prima ſententia lata fuerit.

3 Si verò de alijs perſonis agamus, vix eſt, vt accidat caſus, quod ante latam ſententiam, poſſint actori alimenta decerni, cum enim omnes admittant neceſsè eſſe, vt magna adſit præſumptio boni iuris actoris, vt alimēta ei decernantur, vtique neceſsè eſt, vt reo datum fuerit tempus iura ſua deducendi, & probandi exceptiones, quas actori opponit, antequam enim fuerit elapſum tempus probandi, non poteſt iudex de bono iure actoris aliquid decernere, quia incertum eſt, quid reus opponere velit, aut poſſit, eo autem elapſo, ſi iudex putat bonum ius actorem fouere, cur ſententiam non fert? quod ſi ſententia contraria tibi placuit, aduerte præſumptionem, quam actor allegat valdè claram eſſe debere, quia ſi ſecus eſſet, perperam allegaretur deciſio huius tex. conſtat enim extenſionem de caſu ad caſum non admitti, vbi non vigeat eadem prorſus ratio, vt admonui lib.3. c. 22. num. 11.

4 Secunda eſt dubitatio, an is, qui habet quaſdam perſonas, a quibus alimenta conſequi poteſt, poſſit benefi-

beneficio huius legis vti, quod affirmant D.Stefanus Gratian. *tom.1. disceptat. foreus. c.55. num.49.* & post eum Io. del Castillo *d.c.27.a num.15.vsque ad num.21.* ex eo moti, quod, etiam si quis habeat ius petendi alimenta a quibusdam personis, non tamen desinit esse pauper, ergo ad eius fauorem allegari possunt receptæ nostrorum traditiones, quæ de hac materia loquuntur, cum in paupertate actoris fundamentum babeant.

5 Contrariam partem verissimã esse puto, quod, vt euidēter appareat, meminisse oportet onus alendi actorem, de quo agimus, ex æquitatis dictamine, magis quam ex aliqua constitutione fuisse introductum: nullibi enim lex aliquid tale dicēs reperitur, pront latè exposui supra, eatenus igitur hęc res porrigenda erit, quatenus æquitatis ratio postulat.

6 Videamus ergo, an huiusmodi æquitas huc se se extendat: duplici autem ex fonte DD. eam deducunt. Primò ex eo quod babetur *in l.1.§.sed si incertum, ff.de venter.in poss.mittendo*, dum ait. *Sed etsi incertum sit, aliquo tamen casu possit existere, quo, qui editur suus futurus sit, ventrem mittemus: ęquius enim est vel frustra nonnunquam impendia fieri, quam denegare aliquando alimenta ei qui dominus bonorum aliquo casu futurus est.* Secundò, quia alias actor præ nimia paupertate cogetur iura sua indiscussa relinquere.

Quod pertinet ad id, quod habetur *in d.§.sed si incertum*, euidens est nō pertinere ad rem nostram, quia cum sint personæ quæ tenentur hoc onus subire, æquitas non patitur, vt mittamus falcem in bona eius, quem nulla lex ad hoc obligat, cur enim parcimus ei, quem scimus debere alimenta præstare, vt alteri, hoc onus imponatur, quem certum non est alimenta debere? Neque etiam ad rem nostram altera ratio pertinet, quia cū actor habeat ius consequendi alimenta ab his personis, non cogitur litem deserere, vt alimēta sibi paret, quæ sola rationi hac materia attenditur, quia DD. dum aiunt alimenta præstari debere actori inopi, agunt de eo, qui ex rebus suis non potest ali.

His accedit obligationē de qua agimus extraordinariã esse, ergo ei locus esse non potest, quousque remedia cōpetunt ordinaria, *iuxta l.in causæ 17.ff. de minor.* ergo non poterit quis eo vti, quousque ei licebit ab aliquibus personis alimenta consequi.

Ex bis tollitur fundamentū partis aduersæ, quia paupertas in bac materia consideratur quò ad necessaria subsidia vitæ, ille enim qui habet vnde viuat a DD. non existimatur pauper, quo ad rem nostram. vide DD. allegatos per Io. del Castil. *d.c.27. a nu.7. vsque ad nu.13.*

Fideiussor obligatus vt principalis, & insolidum, an possit opponere beneficium excussionis.
Cap. XXXI.

1 Licet plurimi nostrorum existimauerint, fideiussorem, qui se obligauit vt principalis, & insolidum, non posse opponere beneficium escussionis, vt patet ex Ant. Ering. *in tract. de fideiuss.c.24.par.1.a nu.119.* quam etiam defendit D.Fachin. *lib.8. c.54.* Tamen contrarium verius puto vna cum Thesaur. *decis.166.num.4.* nam fideiussor, qui sic se obligat, efficitur correus, Paul. *in l.sed Iulianus, num.4. ff.ad S.C. Macedon.* Alexan. *cons.29.num.36.lib.7.* Franc. Bec. *cons.45.nu.49.* qui alios adducit. Surd. *cons.327.num.20.* ergo gaudet beneficio constitutionis de duobus reis; nam hac lege cauetur, eo casu, quo plures insolidū in aliquo negotio se obligauerūt, omnes quidem insolidum teneri, sed tamen eos non esse cogēdos soluere aliquid vltra id, quod ad eos peruenit, si alij sint soluendo; ergo cum ad vnum tantum res peruenit, alij non possunt cogi, si ille sit soluēdo, aliquid creditori boc nomine soluere, quia nihil ex eo cōtractu habuerunt, ergo habēt beneficiū excussionis; neque enim creditor potest dicere, eum, ad quem res peruenit, non esse soluendo, nisi excussis eius bonis.

2 At dices, beneficium boc non competit, si is, ad quem res peruenit absens sit; nec enim datur temporis correis ad perquirendum eum, vt conceditur illis, qui simplices fideiussores sunt, cum principalis absens est, iuxta tex. *in Auth.de fideiussor, §.si verò,* ergo nō competit eis beneficium excussionis; quia, in primis respondeo, hoc non efficere, vt beneficium, quod competit ex bac constitutione, cū ipse, ad quem pecunia peruenit, præsens est, non sit beneficium excussionis, cum tunc, non antea alij correi cogantur aliquid soluere, quam excussis illius bonis; in hoc enim essentia excussionis consistit.

Deindè satis commodè dicere possumus, idem tempus ad deducendum eum, qui rem habuit, correis dari debere, quod fideiussoribus conceditur, cum principalis abest, idque vt ostendam, illud moneo in primis, legem banc ea mente fuisse factam a Iustiniano, vt nemo cogatur debitum alienum soluere, cum nō est difficilè illud a debitore consequi, vt liquet ex verbis constitutionis.

3 Secundò considero, legem hanc valdè vtilem esse Republicę, vt in initio eius Iustinian. testatur, & experientia ostēdit, longè enim difficilius homines aliorum obligationibus accedunt, ex quo beneficiū excussionis eis aufertur, quod cōmercia plurimum restringit; & ideò hæc lex adiuuanda est interpretatione, hoc ita *in fin. de condit. & demonstr. l.4. de fund. dot.*

4 Tertiò aduertendum est, nibil, aut parum obesse creditori, tēpus istud correo indulgere, quia modicum est, & ideò non est credendum Iustinianum, qui *in Auth. de fideiussor.* rem nimis duram esse testatus est alienum debitum soluere, cū debitor principalis soluendo est correo, de quo agimus, denegare voluisse; maximè quia non indistinctè concedit, eum conueniri ad soluendum partem eius, qui absens est, sed eum obligat ad soluendū id, quod ab alijs, qui absentes sunt creditor accipere nō potest; neque enim verè, & simpliciter dicere possumus, creditorem id, quod sibi debetur accipere nō posse ab absente debitore, nisi prius re ipsa appareat, eū iudicium nolle suscipere, & vt lateat abesse.

5 At dices, cur ergo Iustin. nominatim hoc tempus non concedit correis, sicut fecit fideiussori in constitutione de fideiussor. Respondeo, constitutionem de duobus reis editam fuisse ad supplēdam constitutionem de fideiussor. vt in eius initio Iustinianus testatur; non est ergo mirum si ea, quę prius decisa fuerunt in hac constitutione omittat.

Nec

6 Nec prædictis obſtat id, quod ſcribit Bart. *in l. final. ff. de duob. reis, in Auth. hoc ita, quæſt.* 12. *C. eod.* quod ſcilicet diuerſitas formæ obligationis, & cauſæ obligandi impedit duorum reorum conſtitutionem, quem ſequitur Aret. *in §. fin. num. 4. Inſtit. eod. tit.* & reſpectu cauſæ Caſtr. *in l. ſi id, quod, num. 4. ff. de duob. reis*, quia contrarium alibi ſcribit idem Bart. *in l. eandem, num. 6. de duob. reis*, quem ibi ſequuntur DD. communiter, teſte Roncbegallo *num. 41.* & alij ſuprà allegati, illi nempè, qui admittunt, fideiuſſorem, qui ſe obligauit, vt principalis correũ eſſe, & iure meritò ſic ſentiunt, quia ius plurium reorum debendi in eo conſiſtit, vt vnuſquiſque eorum inſolidum ſit obligatus, poſſitque ab altero ſolidum peti, *l. 3. §. 1. de duob. reis*, & ideò licet diuerſis ex cauſis obligentur, ſatis eſt, vt ad idem obligentur; hoc enim ſatis eſt, vt eiuſdem rei debitores, & ſic correi efficiantur, & ideò Vlpia. *in l. 3. de duob. reis*, dum dicit, ex interuallo plures reos debendi conſtitui poſſe, non exigit, vt eadem de cauſa ad contractũ accedatur; ſed ſatis eſſe ait, ſi non animo nouandi ad idem ſe obligent.

7 Falſamque eſſe ſententiam prædictam Bart. euincit conſtitutio Iuſtiniani de duobus reis, quæ reos debendi appellat illos, qui eandem ſuſceperunt obligationem, etiam ſi res, ſuper qua factus fuit contractus, non æquo modo ad eos peruenerit; hoc enim euincit eum, qui accedit obligationi ad vtilitatem alterius contractæ, correum effici poſſe, quod eſt illud, quod nos quærimus, & ideò, etiamſi alias vera eſſet doctrina Barto. tamen rei noſtræ non applicatur, cum ſatis nobis ſit, eum de quo agimus, eſſe ex illis correis, de quibus agit cõſtitutio Iuſtiniani.

Et ex his ea, quæ in contrarium adducuntur corruunt, & ideò non eſt opus ea recenſere, & nominatim refellere.

Iuramentum an auferat beneficium excuſſionis. Cap. XXXII.

1 CVm quis fideiubet pro alio, & iurat quæri ſolet, an amittat beneficium excuſſionis, qua in re aiunt multi relati per Seraph. Senenſ. *de priuileg. iur. priuileg. 88. num. 2.* Io. Gutierez *de iur. confir. p. 1. cap. 23. num. 26. & 27.* Anto. Ering. *de fideiuſſ. c. 27. p. 1. num. 52.*

Contrariam partem ſequuntur alij multi, quos recenſent Couar. *ad c. quamuis, par. 1. §. 4. num. 4.* Theſſau. *deciſ. 166. num. 4.* D. Fachin. *lib. 3. cap. 15.* & alij multi apud Ering. *vbi ſuprà, a num. 37.*

2 Tota hæc diſputatio pendet ex conſenſu iurantis, ſi enim eius mens fuit ſe obligare eo modo, quo fideiuſſores obligantur, vtique iuramentum non extendet obligationem vltra voluntatem iurantis, & per conſequens non priuabit eum beneficio prædicto: conſtat enim iuramentum ex voluntate iurantis limitari, & reſtringi, neque aliquem per iuramentum obligari ad id, quod non cogitauit, vt docent DD. *ad c. veniens, de iur. iur.*

3 Itaque indagare oporter, quæ fuerit mens fideiuſſoris, de quo agimus, & vt mihi videtur, non poſſumus dicere, eũ voluiſſe ſe obligare vltra id quod ius commune obligat fideiuſſores.

4 Moueor ad ita dicendum ratione multiplici, & Primò, quia generale eſt, eos, qui alienæ accedunt obligationi, non habere animum ſoluendi debiti, cui accedunt, pauciſſimi enim homines ſunt, qui fideiuberent, ſi crederent, debitorẽ defuturum eſſe ſuę obligationi, vt experientia docet, & euincit regula *l. cum de indebito, ff. de prob.*

5 Secundò moueor, quia in dubio pars veriſimilior eligenda eſt, *l. in obſcuris, ff. de reg. iur.* ergo credendum non eſt eum, de quo agimus, voluiſſe ſe priuare beneficio excuſſionis, quòd lex concedit fideiuſſori, cum res nimis dura ſit fideiuſſorem conueniri ante debitorem, vt prudenter admonet Iuſtin. *in Auth. de fideiuſſ.*

6 Tertiò conſidero iuramentum, vt iuramentum eſt, nõ mutare naturam actus, qui geritur, niſi quatenus placuit iuranti, quod eſt illud quod noſtri dicere ſolent, iuramentum ſequi naturam actus cui adijcitur. vide DD. *ad l. final. C. de non num. pecun.* Anto. Gabr. *de iur. iur. concluſ.* 10. ergo cum fideiuſſor, de quo agimus ſimpliciter fideiubendo non præſumatur habere animum priuandi ſe beneficio excuſſionis, nec etiam eſt præſumendum hunc animum eum habuiſſe, quando iuramentum adiectũ fuit: hæc enim præſumptio oritur ex natura fideiuſſionis, quæ mutaretur a iuramento, ſi diceremus eo adiecto eum ceſſare.

7 Nec dicas, is, qui iurauit, voluit iniurandi religione ſuam augere obligationem, quia id admitto, dum tamen meminerimus, hoc intelligi quod efficaciam eius obligationis quã iurans contrahere voluit, & ideò iuramentum non indiſtinctè obligat, ſed continetur intra cancellos, inter quos obligatio ſuapte natura reſtringitur. Iuramento igitur vti quis non poteſt, niſi priùs probatum fuerit obligationem ſic ſe extendere, vt excuſſionem excludat.

8 Et ideò hanc opinionem ceſſare exiſtimo, quoties quis conſtituit ſe principalem; hoc enim in caſu conſtat de mente iurantis excedendi metam obligationis fideiuſſoris, cum voluerit obligari vti principalis.

9 Et hoc in fideiuſſore ſimplici dubitatione carere exiſtimo, in fideiuſſore verò indemnitatis nonnulla dubitatio eſt: in hoc autem caſu error notarij manifeſtus eſt, quia aut iſte voluit eſſe fideiuſſor ſimpliciter, aut fideiuſſor indemnitatis; ſi voluit ſimpliciter fideiubere, errauit notarius, dum ſcripſit eum eſſe fideiuſſorem indemnitatis; ſi voluit eſſe fideiuſſor indemnitatis, perperam ſcripſit eum obligauiſſe ſe vti principalem: pugnant enim inter ſe hæc duo, obligari vti principalem, & eſſe fideiuſſorem indemnitatis.

10 Difficultas autem conſiſtit in perſcrutando, in qua parte notarius errauerit, & vt mihi videtur, error conſiſtit in illa clauſula conſtituens &c. quia hæc eſt clauſula ſolita in fideiuſſionibus poni, cuius vim, cum notarius ignoraret in hac fideiuſſione, eam poſuit, ſicut in alijs fideiuſſionibus fieri cõſueuit; idque eo facilius admittendum eſt, quia errores notariorum potiſſimum conſiſtere ſolent in multiplicatione verborum, & clauſularum, & ideò non eſt credibile notarium ſcripſiſſe, eum fideiuſſorem fuiſſe indemnitatis, ſi id expreſsè non fuiſſet

fuiſſet conuentum, cum hæc adiectio obligationis vim imminuat, & mutet, quod ſi dicimus, eum pro indemnitate accedere voluiſſe, clarum erit clauſulam conſtituens &c. errore notarij poſitam fuiſſe.

11 Concludo ergo clauſulã prædictam non nocere fideiuſſori, idem dicendum eſſe puto, etiam quando renunciatum fuiſſet excuſſioni per iuramentũ; ex prædictis enim ſequitur hanc renunciationem per imperitiam notarij inſertam fuiſſe: hæc enim renunciatio ponitur inter clauſulas generales, quæ ad augendam vim contractus pertinent.

An fideiuſſor in cauſa criminali poſſit ſe ad pœnam mortis obligare. Cap. XXXIII.

1 FRequentiſſimis ſuffragijs recepta eſt opinio, fideiuſſorem in cã criminali ad pœnã mortis ſe obligare non poſſe. vide Couar. *lib. 2. variarum, c. 8. num. 6.* Clarum *in §. finali, quæſt. 46. nu. 18. verſ. ſed noſtri quid*, & plurimos alios quos recenſet, & ſequitur Baltaſſar Ameſcua *in tract. de poteſtate in ſe ipſum, lib. 1. cap. 14. num. 6.*

2 Quæ, tamen mihi nullo modo probatur, quia conſtat, eum, qui fideiuſſione ſua aliquem è carceribus liberat, poſſe dolo verſari in hac re, & ſic ſe gerere, vt dignus morte ſit. vide tex. *in l. milites 12. ff. de cuſtod. & exhib. reorum.*

Ergo poterit ſe ad pœnam mortis obligare, ad exemplum accuſatorum, qui licet accuſando aliquem de delicto capitali non ſint digni pœna capitis, tamen ſe pœnæ capitis ſubijcere tenentur, quia fieri poteſt, vt accuſatio hmõi ſit digna pęna capitis, ſi fortè calumniandi animo, hoc eos feciſſe apparuerit. vide tex. *in l. finali, C. de accuſatoribus.*

3 Secundò moueor auctoritate tex. *in cap. cum homo, 23. quæſt. 5.* vbi Diuus Auguſtinus oſtendens, non omnem, qui occidit, rem mala facere, inter alia verba hæc profert.

Et aliquando, qui cauſa mortis fuit, potius in culpa fuit, quam ille, qui occidit, veluti ſi quiſpiam decipiat fideiuſſorem ſuum, atque ille pro iſto, legitimum ſupplicium luit. His verbis vides excuſari iudicem, qui ad mortem condemnat eum, qui pro alio fideiuſſit in cauſa criminali, quia reus principalis aufugit, legitimumque ſupplicium appellatur, ergo obligatio fideiuſſoris valet, eumque aſtringit.

4 Scio, varias a noſtris afferri reſponſiones, quas omitto, qui Ameſcua eas rectiſſimè redarguit, non omittam tamen reſponſionem, quam ponit num. 17. D. Auguſtinũ loqui ex hipoteſi, ſi alicubi eſſet conſuetudo, vt fideiuſſor prædicta pœna puniretur, non probando illam, ſed ad rem ſuam exemplis vtendo, quod ſi hoc ſenſit, non rectè ſenſiſſe, neque legem facere, iuxta notata *in cap. 2. de reſcript.*

5 Obſtat huic reſponſioni D. Auguſtinum dum tractat de his, qui ſine culpa interficiunt. inter exẽpla huius rei, numerat iudicem mandantem interfici fideiuſſorem, de quo agimus: ſi D. Auguſtinus non putauiſſet hoc iuſtum eſſe fideiuſſorem iure occidi, quis eum excuſare poſſet, cum omiſſis exemplis claris, & indubitatis, exemplum iſtud propoſuiſſet? nemo vtique, qui ſciat D. Auguſtinum ingenio, eruditione, ac omni genere doctrinę adeò excelluiſſe, vt perpaucos æquales habeat.

Quod ſi fatearis ita ſenſiſſe D. Auguſtinum, vt inſinuat Ameſcua, quis non videt contrariam opinionem hoc ſolo nomine ſuſpectam reddi?

6 Concludo ergo fideiuſſorem in cauſa criminali ad pœnam mortis ſe obligare poſſe, quam ſententiam tenuiſſe Iacobum de Rauena refert Alber. *in l. liber homo, num. 2. ff. ad l. Aquil.* idem Alber. *de ſtatutis par. prima, q. 5 1.* Menoch. rem tamen obiter tractando, *caſu 303. num. 11.*

7 Ad argumẽta partis aduerſæ nunc accedamus, quorum primum hoc eſt, obligationes, quæ non ſunt ciuiles, ſed ex maleficio, vel quaſi, re, hoc eſt, delicto contrahuntur, *Inſtit. de obligat. quæ ex delicto naſcuntur, in principio, & l. 4. ff. de act. & obligat.*

Ergo vbi non eſt delictum, ibi obligatio huiuſmodi adeſſe non poterit, maximè, cum agitur de pęna mortis, quæ ex quaſi delicto non imponitur, *§. 1. verſ. ob hominem, Inſt. de oblig. quæ ex quaſi delict. naſc.*

8 Reſpondeo duas eſſe quæſtiones inter ſe diuerſas; prima, an fideiuſſor poſſit ſe obligare ad pœnã mortis; ſecunda, an plecti poſſit pęna mortis, nam, vt poſſit quis ſe obligare ad pœnam mortis, ſatis eſt, vt faciat actum, qui poſſit eſſe dignus morte, vel ob culpam præſentem, vel ob culpam, quæ ſuperuenire poteſt, vt verò pęna mortis puniatur, oportet, vt culpam iam commiſerit morte dignam, idque accuſatoris exemplo manifeſtũ ſit, vt enim poſſit ſe obligare ad pęnam mortis, ſatis eſt, quod aliquem accuſauerit de delicto digno pęna mortis, vt verò poſſit puniri, oportet vt calumnioſè accuſauerit.

9 Idque euidens ratio euincit, vt enim quis poſſit ſe obligare ad pœnam, ſatis eſt, vt actus poſſit eſſe dignus pœna, vt verò poſſit propter aliquod factum puniri, oportet, vt actus dignus ſit pęna, nec ſufficit, vt eſſe poſſit, quia vbi non eſt culpa, ibi pęna non eſt. Et quod dicebat Ameſcua in propoſito non adeſſe maleficium, ſed quaſi maleficium, a veritate abeſt, cum fideiuſſor doloſè in hac re ſe gerere poſſit. vide tex. *in Inſt. de oblig. quæ ex quaſi delicto naſc. in princ. verſ. licet per imprudentiam, & §. 1. verſic. ideò, §. item exercitor, verſ. ſi modo.*

10 Secundum argumentum eſt huiuſmodi, nemo eſt dominus ſuorum membrorum, *l. liber homo, ff. ad l. Aquil.* ergo non poteſt ſe ſubijcere pœnæ corporali.

Nihil eſt, nam quod dicitur offenſionem membrorum noſtrorum illicitam eſſe, intelligitur, quando quis vult tanquam finem, ſuorum membrorum offenſionem, ſecus eſt, ſi quis habens alium finem honeſtum, aliquid agat, ex quo per accidens membrorum offenſio ſequatur, vt declarat rectiſſimè Ameſcua *vbi ſuprà, & lib. 2. c. 1. num. 2.* hinc eſt, vt is, qui męnia hoſtium aſcendit, licet indè ſequatur offenſio membrorum, vel mors, non tamen dicatur actum illicitum facere, quia finis eius non eſt offenſio membrorum, vel mors propria, ſed aliud: prædictæ autem diſtinctionis ratio eſt, quia tunc agens non vult mortem, vel offenſionem propriam, ſed aliud opus bonum, quod dignum eſt, vt propter illud adeatur periculum mortis, quæ venit per accidens. Itaque cum fideiuſſor non habeat pro fine mortem propriam, ſed aliud bonum opus, non fa-

cit

cit actum illicitum, quia mors, quæ inde ſequitur, per accidens venit, & contra voluntatem ipſius, &
11 hoc optimè agnoſcit Ameſcua *num. 18. & 19.* non rectè tamen ſubdit eum, de quo agimus non poſſe manere obligatum, ita vt corporaliter puniri poſſit, quia ſemper verum eſt eum innocentem eſſe, & magna laude dignum, cum actum tam inſignem faceret.

Namque vt valeat conuentio, per quam ad pœnam mortis ſe obligat, non eſt neceſsè, vt tunc aliquid dignum morte ſecerit, ſed eſt ſatis, vt in poſterum in hac re ſic verſari poſſit, vt dignus morte habeatur, vt ſuprà probaui exemplo accuſatoris. Hoc autē ex circunſtantijs pendet, nec in præſenti quæſtione examinandum eſt, in qua ſolum quærimus de validitate obligationis.

12 Tertium argumentum eſt huiuſmodi fideiuſſorem non poſſe recuperare a debitore principali id, quod ipſe amittit, ergo fideiuſſio non tenet.

Nihil eſt, nam quod competat actio fideiuſſori ad recuperandum id, quod ſoluit pro eo, non tangit eſſentiā fideiuſſionis, quæ in eo conſiſtit, vt quis alienum debitum promittat ſoluere, ſalua manente principalis debitoris obligatione.

Si quis accipiat fideiuſſores non idoneos, putans idoneos eſſe, an ſibi præiudicet.
Cap. XXXIIII.

1 CVm is, cui dandi ſunt fideiuſſores, accipit fideiuſſores non idoneos, putans eos idoneos eſſe, an ſibi præiudicet, controuerſi iuris eſt; eumq́ue ſibi non præiudicare tenēt gloſ. & alij relati a Bar. *in l. 3. num. 6. ff. de fideiuſſ.* Alex. *in l. ſi cum dotem, §. ſi mulier, num. 4. ff. ſoluto matrim.* Iaſ. *in l. quoties, nu. 2. ff. qui ſatiſd. cog.* Cuiac. *ad edictum Pauli lib. 32. ad l. inter cauſas, §. abeſſe, ff. mandati.*

2 Adducitur primo tex. *in l. ſi quis ſtipulatus ſit, §. fin. ff. de verb. oblig.* dum ait, *eū, qui promiſit ſatiſdare, teneri ad intereſſe, ſi fideiuſſor datus non ſit idoneus.*

Nihil eſt, nam tex. dum ait, *eum qui ſatiſdare promiſit teneri ad intereſſe, ſi promiſſor non ſit idoneus,* intelligit de debitore principali, non autē de fideiuſſore, vt bene ibi animaduertunt Caſtr. & Donell. facileq́ue intelliges id veriſſimū eſſe, ſi totum contextum perpendes.

3 Secundò adducitur tex. *in l. de die, §. ſi ſeruus, ff. qui ſatiſd. cog.* vbi qui tenuem fideiuſſorem accepit poteſt petere alium fideiuſſorem.

Reſpondeo ſeruum, de quo ibi agebatur geſſiſſe ſe pro libero, vt indicat I.C. dum ait, *Si ſeruus inueniatur,* & ideò negari non poteſt iuſtiſſimum errorem fuiſſe eius, qui illum fideiuſſorem accepit, nil mirum ergo ſi illi ſuccurratur. vide Cagnol. *in l. qui cum alio, nu. 15. ff. de reg. iur.* I.C. *in l. 4. ff. de prætor. ſtipul. in l. 4. ff. vt in poſſ. leg. nom.*

4 Tertiò affertur text. *in l. promittendo 42. de iur. dot.* vbi I.C. agens de marito, qui nomen debitoris accepit pro dote ſibi promiſſā, ait. *Quod ſi iam debitor, cum ſub conditione promitteret ſoluendo non fuerit, periculum viri eſſe, qui, ſciens tale nomen ſequutus videretur, quale initio obligationis fuerit;* ergo ſi ignoranter illum accepiſſet, ſibi non præiudicat, ergo idem in caſu noſtro.

5 Reſpondeo tex. loqui de ea ſcientia quæ ex legis diſpoſitione præſumitur in eo, qui cum alio contrahit, *iuxta l. qui cum alio, ff. de reg. iur.* in hoc enim tex. I.C. hunc propoſuit caſum, *Si a debitore mulieris ſub conditione dos promittatur, & poſtea, ſed antequàm creditor petere poſſit, debitor ſoluendo eſſe deſierit, magis periculum ad mulierē pertinere, quod ſi iam tunc debitor, cum ſub conditione promitteret, ſoluendo non fuerit, periculum eſſe viri;* in hac facti ſpecie I.C. ait, maritum ſibi præiudicare ea ratione, *quòd ſciens tale nomen debitoris ſequutus,* (ideſt aſſequutus videretur) *quale in obligatione fuit,* ergo agit, de ea ſcientia, quæ ex legis poteſtate deſcendit, non autem de ea, quæ ex cognitione particulari dependet, aliàs in narratione facti omiſiſſet circunſtantiam, ex qua deciſio dubitationis propoſitæ pendebat.

6 Quartò adducitur tex. *in l. ſi cum dotem 23. §. mulier, ff. ſoluto matrimonio,* cuius verba hæc ſunt, *Si mulier ſoluto matrimonio egentem reum dotis, per nouationem decepta, accipiat, nihilominus actio dotis ei manebit.* is ergo qui dedit fideiuſſorē non idoneū non liberatur, quia cum teneatur per fideiuſſorem reddere ſecurum creditorem, *l. 1. ff. qui ſatiſd. cog. l. 3. in principio, ff. de fideiuſſ.* dum non idoneum fideiuſſorem dat, creditorem decipere videtur.

7 Reſpondeo eum, qui offert creditori fideiuſſorem, nec doloſis perſuaſionibus inducit eum in errorem, non poſſe dici doloſè verſari, quia in poteſtate creditoris eſt recuſare fideiuſſorem oblatum, & licet ipſe non idoneum fideiuſſorem ſcienter offerat, non tamen in dolo eſt, quia, cum variæ ſint hominum voluntates, contingere poteſt, vt eo contentus ſit; non tantum enim ex opibus, quàm ex fide idoneus fideiuſſor exiſtimatur, *l. ſi quis ita t 12. in fine, ff. de verb. oblig.* & ſicut præſcribi nō poteſt homini, vt non timeat, *l. quia poterat, ff. ad S. C. Trebell.* ita ei præſcribi non poteſt, vt fidem alteri homini non habeat.

8 Affertur quintò tex. *in l. de die, §. 1. ff. qui ſatiſd. cog.* vbi dicitur, *eum, qui exhibet fideiuſſorem, non idoneum, non videri cauere.*

Reſpondeo tex. loqui de eo caſu, quo nondum admiſſus fuit fideiuſſor, nos verò agimus, poſt quā fuerunt fideiuſſores a creditore admiſſi, cuius approbatio eos idoneos facit *l. inter cauſas, §. abeſſe, ff. mandati, l. 3. in fine, de fideiuſſ.*

9 Contrariam ſententiam, immò eum, qui accepit fideiuſſores non idoneos, ſibi præiudicare, ſiue ſcienter, ſiue ignoranter id fecerit, tenent multi grauiſſimi interpretes, gloſ. *in l. 3. in verbo comprobauit, ff. de fideiuſſ. in l. qui cum alio 20.* in gloſ. magna, *ff. de reg. iur.* Caſtr. *in d. l. 3. ad finem verſ. ego puto, & in l. 1. num. 3. ff. ſi quis in ius vocat. non ierit.* Alex. *conſ. 60. num. 2. verſ. & hoc ibi, lib. 5.* Surd. *deciſ. 288. num. 6. conſ. 18. a num. 1.*

Fundamentum huius veriſſimæ ſententiæ conſiſtit in pluribus iuris noſtri locis, in quibus agitur, de eo, qui non idoneos fideiuſſores admiſit, & nulla facta diſtinctione inter ſcientē, & ignorantē in illis deciditur eū, qui illos accepit, ſibi præiudicare.

Vlp. *in l. 3. ff. de fideiuſſ.* ſic inquit, *Planè ſi non idoneum fideiuſſorem dederit, magis eſt, vt ſatiſfactū ſit, quia, qui admiſit eum fideiuſſorem, idoneum eſſe comprobauit.*

Idem

Idem Vlp. *in l.3.§.finali, ff.vt in possess.leg.nom.* sic de eadem re scripsit. *Si semel fuerit satisdatum, quæsitum est, au rursus cauendum sit, si fortè dicatur egenos fideiussores fuisse datos, & magis est, vt caueri non debeat. Hoc enim Diuus Pius rescripsit; ipsam enim facilitati suæ expensum ferre debere, quæ minus idoneos fideiussores accepit.*

Paulus quoque *in l.si ab arbitro, ff.qui satisd. cog.* claré hanc sententiam firmat, inquiens, *Multoque magis, si sua voluntate accepit fideiussores, contentus his esse debet.*

Vlp. rursus *in l.1. §.item quæritur, ff. de separ.* inquit, *Quid ergo si satis idoneum non acceperunt, sibi imputent, quod minus idoneum fideiussorẽ acceperũt.*

10 His locis, nulla facta distinctione, asserunt Paulus, & Vlpia. eum, qui accepit fideiussores non idoneos sibi imputare debere; ergo hæc distinctio fieri non debet, alias non poterit excusari Vlp. qui tribus vicibus eandem quæstionem proponens, nõ aliquem particularem casum explicando, sed docendo, sine distinctione responderit, vbi distinctioctione opus erat, maximè, quia rarò admodum accidit aliquem scienter fideiussorem non idoneum probare.

11 Et cum scriptum sit, eum, qui cum alio contrahit scire, vel scire debere conditionem eius, *l. qui cum alio, ff. de regul. iur.* imputari vtique debet ei, qui non inuestigauit fideiussoris oblati conditionem, sicut imputatur ei, qui defensorem non idoneum accepit, *l.6.§.nunc videamus, ff. de iudic. solu.* ergo nulla excusatio ei competere debet, *l. regula 9. §. facti, ff. de iur. & fact. ignor.* Et sicut bonum nomen debitoris efficit ille, qui illud accepit, *l. inter causas 26. §. 1. ff. mand.* cuius verba hæc sunt. *Abesse pecunia intelligitur fideiussori, etiamsi debitor ab eo delegatus sit creditori, licet is soluendo non fuerit, quia bonum nomen facit, qui admittit debitorem delegatum*, quod etiam confirmat tex. *in l. qui debitorem 19. ff. de fideiuss.* ita idoneum fideiussorem efficere censetur ille, qui illum admittit, quod est illud, quod perpendit Vlp. *in d.l.3.in fine, de fideius.* ergo amplius conquæri non debet.

Explicatur tex. in l. 3. ff. de fideiussor.
Cap. XXXV.

1 PVtat Accurs. & eum eo Bart. & reliqui interpretes, quos ego viderim, Vlp. *in l.3.ff.de fideiuss.* duos proponere casus. Primus est, quãdo is, qui fideiussores dare promisit, dedit fideiussores, qui, vel obligari, vel conueniri non possunt. Secundus est, quando fideiussores dati obligari, & conueniri possunt, sed tamen inopes sunt. Primò casu eum, qui fideiussores dedit liberari negant. Secundò verò casu vtique verba tex. hæc sũt. *Qui satisdare promisit, ita demum impleuisse stipulationem videtur, si eum dederit accessionis loca, qui obligari potest, & cõueniri, cæterum, si dederit seruum, aut filiumfamilias. Ex quibus causis actio de peculio non datur, vel mulierem, quæ auxilio S. C. non vtitur, dicendum est, non esse impletam satidsationis stipulationem; Planè, si non idoneum fideiussorem dederit, magis est, vt satisfactum sit, quia, qui admisit eum fideiubentem, idoneum esse comprobauit.*

2 Sed istis ego assentiri non possum, cum enim in primo casu exemplum proponatur filijfamilias, qui fideiussit in illis casibus, in quibus actio de peculio non datur; quis non videt ibi agi de eo fideiussore, quem sola inopia repellit? non enim dubitatur filiumfamilias fideiubendo obligari, *l. nulla, C. quod cum eo, l.3. §.sed si filius, ff. de pecul.*

3 Cuius difficultatis vim non eleuat id, quod post Iacob. de Aret. respondet Bar. tempore Vlp. omnia bona filij pertinuisse ad patrem exceptis castrensibus, & ideò nullam fuisse spem, vt filius idoneus efficeretur, & per consequens, iure meritò fuisse numeratum inter illos, qui nec obligari, nec conueniri possunt, quò ad effectum enim verum est eum nec obligari, nec conueniri posse.

4 Non eleuat inquam difficultatis pondus, quia filius paterfamilias effici poterat per emancipationem, vel morte patris, licet enim tristes euentus non sint expectandi, attamen, cum naturæ congruum sit filium superstitem esse patri, quicunque id expectat, nihil cogitat, quod bonis moribus aduersetur, vel naturali rationi.

5 Secundò dum ait Vlp. *Planè si non idoneum fideiussorem dederit magis est, vt satisfactum sit*, non explicat ex qua causa non idoneus sit, ergo non rectè restringitur ad fideiussorem pauperem, cum aliæ sint causæ ex quibus non idoneus censetur fideiussor, *l.2.ff.qui satisd.cog.l.si ita stipulatus 112.in fine, ff.de verb.obligat.* quod eo libentius admitti debet, quod ratio, quam I.C. statim subdit, pertinet ad omnes fideiussores, inquit enim, *quia, qui admisit eum, fideiubentem idoneum esse probauit.*

6 Ego igitur aliter explico mentem Vlpiani. Puto autem eum ostendere velle, eũ, qui fideiussores dare promisit, non implere stipulationem dando fideiussores non idoneos quacunque ex causa non idonei sint, eum tamen suæ obligationi satisfacere. Differũt enim satisfacere, & obligationẽ implere. vide tex. *in §.venditæ, in principio, Inst. de rerum diuis. in l.quod vendidi 19. ff.de contrahen. empt. in l. Stichum 39.§.1.ff.de stat.lib. in l. Paulus 38.§. quæsitum, ff.de lib.caus. & alibi.*

7 Eum, de quo agimus, non adimplere obligationem, probatur ex eo, quod, *qui satisdare promisit, ita demum implesse satisdationis stipulationem videtur, si eum dederit fideiussorem, qui obligari potest, & conueniri*, obligari inquam, & conueniri cum effectu, quia inanis est actio, quam perpetua exceptio excludit: cumque fideiussores accipiãtur, vt id, quod nobis debetur facilius consequamur, *l.1.§.sed aut proprio, ff.de act. & obligat. & Inst.de fideiuss.in princip.* non dicitur is fideiussorem dedisse, qui faciliorem non reddit exactionem eius, quod nobis debetur. vide tex. *in l.1.ff.qui satisd.cogant.*

8 Huic autẽ obligationi satisfecisse ex eo probatur, quod is dicitur satisfacere creditori, qui eius desiderium implet, *l.1.ff.qui satisd.cog.* ergo is, qui dedit eos fideiussores, qui creditori probati sunt, suæ obligationi satisfecit, quod est illud, quod ait Vlp. *quia, qui admisit eum fideiubentem idoneum esse comprobauit.* Dum ergo ait Vlp. *planè*, idest certè, *si non idoneum fideiussorem dederit magis est, vt satisfactum sit*, non enim tractat de implemento obligationis, sed de satisfactione; itaque nil mirum, si inquit,

quit, illi obligationi, quam non fuiſſe impletam dixerat, ſatisfactum fuiſſe per creditoris approbationem.

De ſtilo Rotæ Romanę cogendi reum edere actori ad fundandam eius intentionem ad l. 1. & l. final. C. de eden. ad c. 1. de probat. *Cap. XXXVI.*

1 Leges ciuiles diſertè vetant cogi reum edere actori ad fundandam eius intentionem. vide *l. 1. & 4. l. 6. 7. & l. fin. C. de eden.* Hoc tamen iure repudiato ampliſſimum Rotæ Rom. Tribunal conſueuit reum cogere edere actori ad fundãdam eius intentionem. *vide deciſ. 5. de probat. in nouis.* Veral. *deciſ. 294. p. 1.* Cottam *deciſ. 388. an ſint dandæ, & deciſ. 157. par. 1. diuerſ.* Card. Seraph. *deciſ. 330. & 1224. nu. 4.* Cumque clariſſimum hoc auditorium æqui, & boni ſummam notitiam habuerit ſemper, nuncque maximè habeat, magna me cœpit cupiditas ex iuris naturalis fontibus huius diuerſitatis rationem expiſcari; reque diligentiſſimè excuſſa, in eam veni ſententiam, vt exiſtimarem, Rotæ Rom. ſtilum plurimum iuri naturali conuenire, dignumque eſſe, vt ab omnibus Iudicibus obſeruetur, cuius ſententię fundamentũ vbi expoſuero, eam diluam, quæ in contrarium afferuntur.

2 Natura non patitur, aliquem cum alterius iactura locupletari, *l. nam hoc natura, de reg. iur.* ergo non patitur nos ferre auxilium illis, qui cum aliena iactura locupletari ſtudent, ergo non patitur eum legis clipeo defendi, qui edere negat libros, aut inſtrumenta, quò ab actione contra ſe inſtituta ſe defendat.

3 Huc pertinet tex. *in l. non eſt nouum, C. de eden.* dum ait, *Non eſt nouum, eum, a quo petitur implorare ratione creditoris vt fides veri conſtare poſſit.* Si enim cogitur actor librum rationum a ſe conſcriptarum edere, quò veritas conſtare poſſit, cur econtra reus non cogitur actori edere, vt de veritate appareat, cum ſemper iurare debeat iudex, vt de veritate conſtet?

4 Hæc difficultas olim propoſita fuit Alex. Imp. qui ei ſatisfecit his verbis, vt conſtat *ex l. finali, C. de eden.*

Et quæ a Diuo Antonino patre meo, & quę a me reſcripta ſunt, iuris, & æquitatis rationibus congruunt: Nec enim diuerſa ſunt, aut diſcrepantia, quod multum interſit, an ex parte eius, qui aliquid petit, quique doli exceptione ſubmoueri poteſt; An rationes promi reus deſideret, quibus ſe inſtrui poſſe contendit, quod vtique ipſa rei æquitas ſuadet; An verò ab eo, a quo aliquid petitur actor deſideret exhiberi, quando hoc caſu non oporteat, originem petitionis, ex inſtrumentis eius, qui conuenitur fundari.

Ratio ergo differentiæ inter actorem, & reum hæc eſt, non oportere originem petitionis ex inſtrumentis rei fundari, quia actor proprias ſuæ intentionis habere debet probationes. Econtra æquitati valdè conuenit, exceptionem rei ex inſtrumẽtis, vel rationibus actoris fundari, qui in dolo eſt, cũ petit id, quod ex libris rationum, aut ex inſtrumentis ipſius ei non deberi conſtat.

5 Hanc eandem rationem probarunt Diocletianus, & Max. AA. dum *in l. 6. C. de teſtib.* aiunt.

Nimis graue eſt quod petitis, vrgeri partem aduerſam ad exhibitionem eorum, per quos ſibi negotium fiat. Vnde intelligitis, quod intentioni veſtræ proprias debetis aſſerre probationes, nõ aduerſus ſe ab aduerſarijs adduci.

Ex quibus verbis clarè exponitur differentia indicata ab Alex. Imper. inter actorem, & reum; nã quando agimus de reo, pro eo vrget, nimis graue eſſe ipſum contra ſe arma aduerſario offerre; cum verò de actore tractamus, contra eum vrget, quod dolo facit, dum id petit, quod ex ipſius libris conſtat ipſi non deberi, & proindè æquitas deſiderat, vt ad coercendum eius dolum edere cogatur.

6 Veritas huius rei, vt intelligatur, meminiſſe oportet, eum, qui edere cogitur officio iudicis ad id cogi, *l. 1. C. de eden. l. non eſt nouum, eo. tit.* Neque enim vlla competit actio ad cogendum aduerſariũ proprium librum, vel propria inſtrumenta ei edere, cum nullus cum ipſo factus contractus, vel quaſi contractus fuerit, *iuxta §. omnium, Inſtit. de act.* & nulla extet lex, quæ id fieri iubeat. Edictum enim Prętoris ſpetialiter de argentarijs agit, *vt ff. de eden. per totum.*

7 Secundò recordari debemus, hac in re parẽ omninò cauſam eſſe actoris, & rei, quia vtroque caſu veriſſimum eſt, rationes, & inſtrumenta propria eius eſſe, qui edere cogitur, & propterea dum dicimus, cogi actorem edere reo, cauſa aliqua afferenda eſt, cur iudex eum cogat edere. Nulla autem alia melior adſerri poteſt, quàm quia ad eius munus pertinet cuncta rimari, vt veritatem detegat, quam rationem inſinuat tex. *in l. non eſt nouum. C. de eden.* dũ inquit, *Non eſt nouum eum, a quo petitur implorare rationẽ creditoris, vt fides veri conſtare poſſit.*

8 His præmiſſis expendamus rationem diuerſitatis allegatam inter actorem, & reum, cum dicunt, non oportere originem petitionis ex inſtrumentis eius, qui conuenitur, fundari. Aut id dicitur habita ratione ad ſubſtãtiam actionis, aut reſpectu probationis rei inter eos geſtæ. Si primo modo dicatur hæc ratio non conſiſtit, quia actio non fundatur in libro rationum, ſeu inſtrumentis, de quorum editione tractatur, ſed in contractu, aut quaſi, in delicto, aut quaſi, *iuxta l. 1. ff. de act. & oblig. & §. fin. Inſtit. de oblig.* de quo per inſtrumenta, vel librum rationum, quorum editio petitur, conſtabit.

9 Si altero modo intelligatur, quæro rationem diuerſitatis inter actorem, & reum, nam reſpectu ſuæ exceptionis actor cenſetur ille, qui excipit, *l. in exceptionibus, ff. de probat.*

Si dicatur in dolo eſſe eum, qui petit id, quod ei non deberi ex ipſius libris, & inſtrumentis conſtat, & ideò ęquum eſſe, vt edere compellatur, quò fides veri conſtare poſſit. Replico eum quoque, qui conuenitur in dolo eſſe, ſi ſe teneri negauerit, cum ex eius libris, & inſtrumentis de intentione aduerſarij liquet, & ideò æquum eſt, eum quoque cogi edere, vt fides veri conſtare poſſit.

10 Illud etiam, quod dicitur graue nimis eſſe aliquẽ arma ſuo aduerſario ſubminiſtrare, magnas patitur difficultates, graue enim ſi hoc eſt, altera ex cauſa erit, vel quia cogatur actor dare, facereve aliquid, quod dare, facereve non tenetur, vel quia cum eo aliter agat aduerſarius, ac æquitas dictet.

Primum

Primum non est dicendum, quia cum constat ex libro rationum, vel ex eius instrumentis, eum esse debitorem, non est dubitandum, eum obligatum esse.

Alterum etiam non est affirmandum, quia cum ipse nolit satisfacere suæ obligationi, cuius notitiã, si alia desint, ei suppeditant liber rationum, vel instrumenta penes eum existentia, necesse est adire iudicem, qui æquitatis modum non excedit, cogendo eum edere, cum nullus alius modus facilior occurrat, iniquitatis eius compescendæ, & quia idem faceret erga actorem, si hoc remedio ipse egeret, *iuxta l. 1. ff. quod quisque iur.*

11 At dicet aliquis, cum quis librum rationum edere cogitur, secreta domus aperiuntur, quod est grauissimum. Nihil est, nam cum hæc ratio habeat locum eo casu etiam, quo cogitur actor reo libros rationum edere, euidens est eam non fuisse ab auctoribus legum ciuilium consideratã; statuerũt enim, reum cogere posse actorem ad sibi edendas rationes eius priuatas, *l. non est nouum, C. de eden.* quod ex eo præterea cognoscitur, quod respectu instrumentorum idem ius obseruatur, *l. 4. 6. & 7. C. de eden.* & respectu testium *l. 6. C. de testib.* & tamen in his hic timor cessat.

12 Deindè, quod dicitur, secreta domus hac ratione detegi, aut intelligitur respectu negotij, de quo agitur, aut respectu aliorum negotiorum, de quibus in libris rationum fit mentio. Si primo modo intelligatur, ratio hæc inanis est euidenter; si altero modo accipiatur, ex eo diluitur, quòd ea pars tantum libri est inspicienda, in qua de hoc negotio agitur, quod non est difficile intelligere, vel ex tempore negotij contracti, vel ex indice libri; scimus enim, eos, qui libros rationum conficiunt, indices librorũ facere, quò negotia ad quascunque personas pertinentia facillimè inueniri possint, quam diligẽtiam, si prętermisit reus, sibi debet imputare, neque enim desidia, quæ culpam sapit, ei cum alterius damno prodesse debet.

13 His accedit nõ deesse rationes, quibus iudex possit librorum, de quibus agitur, editionem sic fieri imperare, vt secreta domus non pandantur, quas prudens iudex, secundum veritatem factorum excogitabit; & ideò hæc ratio non est satis, vt fiat regula ad fauorem rei, vt edere non cogatur actori ad fundandam eius intentionem.

14 Aduersus ea, quę hucusque pro stilo Rotæ dispu tauimus, illud maximè facere videtur, quod iuris canonici conditores, videntur leges ciuiles, de quibus agitur, recepisse, per text. *in capit. qui intendit, 4. quæst. 4. in capit. 1. de probat. Clem. vnica, §. 1. de vsur.* Sed re bene perpensa, hi loci nostræ non nocent sententiæ.

Quod pertinet ad tex. *in c. qui intendit*, respondeo eum quidem continere id quod legitur *in l. nimir graue, C. de testib.* sed non propterea sequitur hoc ius ab auctoribus sacrorum canonum receptum fuisse, quia cum Gratianus auctor Decreti fuerit homo priuatus, ea quæ in Decreto inseruit, nihil amplius roboris habent, quàm antea haberent, secundum opinionem receptiorem, ac veriorem.

15 Ad tex. *in c. 1. de probat.* vt commodius respondere possim, verba eius ascribo. *Gregor. IX. Tancredo Regi Vincestriæ. Tua excellentia postulauit, vt Imperatori scriberem, quatenus pacta in eartophilacio requireret, quæ dudum inter Iustinianum Principem, & prædecessores tuos fuerunt emissa, vt ex hit colligeret quid tibi seruare deberet: sed ad hoc faciendum vehementer obstitit, quia nulli dicendum est ea, quæ contra te sunt, apud temetipsum debes documenta requirere, in mediumque proferre.*

Petebat Rex a Pontifice, vt cogeret Imperatorem perquirere in cartophilacio conuentiones dudum factas inter Iustinianum Imperatorẽ, & Reges Vincestriæ, & respondet Summus Pontifex hoc sibi non licere, quia nulli dicendum est, vt aduersus se arma in medium afferat.

16 Hæc ratio dupliciter accipi potest, indistinctè, & restrictè ad casum, de quo agebatur. Si indistinctè accipitur ex ea duo sequuntur absurda. Primũ, vt actor non teneatur edere reo. Secundum, vt iudici interroganti, *iuxta titulum de interrog. act.* non teneamur respondere, quia si non liceat alicui dicere, vt afferat in medium instrumenta contra se facientia, nec etiam licebit ab eo petere, vt ea dicat, quæ contra se faciunt.

17 Restrictè ergo ad casum prædictum ratio hæc accipi debet, qđ si fiat, nihil nocet nostrę opinioni. Nã in spetie, de qua ĩ hoc tex. agitur, eæ cõcurrũt circunstantiæ, quę ab editione Imperatore excusabant, nam propter temporis antiquitatem, & contrarium vsum, plusquam verisimile erat, Imperatorem, tenorem conuentionum a Rege allegatarũ ignorare; & ideò valdè durum erat, vt ipse, qui bonam fidem habebat, grauaretur ad euoluenda vetera monumenta, vt ea, quæ salua conscientia tenebat, dimittere cogeretur.

18 Hæc enim ratio cum particularis sit, plerunque enim priuati homines notitiam habent eorũ, quæ in libris rationum, & instrumentis continentur, non est satis ad firmandam regulam, vt reus nõ teneatur edere actori ad fundandam eius intentionem, quod si eiusmodi species incideret, vt verisimile esset, reum ignorare tenorem eius instrumenti, vel libri, cuius editio postulatur, & quod esset difficile eum reperire, existimo stilum Rotæ in æquitate fundatum cessare debere, & obseruandam esse dispositionem *d. c. 1. de probat.*

19 Agamus nunc *de Clementina vnica, §. 1. de vsur.* dum ait.

Ad exhibendum, cum de vsuris agitur, suarum rodices rationum, censura ipsos decernimus Ecclesiastica, compellendos. Si enim spetialiter hoc ius introductum fuit contra vsurarios, ergo in contrarium est ius commune, *l. ius singulare, ff. de leg.*

Respondeo leges ciuiles, de quibus agimus, in foro passim fuisse receptas, & propterea ad effectum, de quo agitur in hoc textu, verum est adfuisse ius commune in contrarium, sed nihil facit contra nos, quia cum aduersus ius naturæ mores non valeant, *c. fin. de consuet.* nihil in hac disputatione, in qua indagamus, quid naturæ ius fieri postulet, suffragatur huiusmodi consuetudo.

20 At dices, Si Pontifex credebat leges ciuiles in hac parte iuri naturali repugnantes non debere obseruari, cur non declarauit eas nõ valere, *iuxta not.*

in c.1. & 2. de ſecundir nupt. & c.final. de præſcript.

Reſpondeo non poſſe inueteratos errores facilè estirpari, & ideò Summi Pontifices, vt humanis compatiantur infirmitatibus, ſinunt interdum, quaſdam opiniones a veritate aberrantes, vigere, donec veniat oportunitas veritatis detegendæ, & ideò non eſt mirum, ſi id factum fuerit circa leges, de quibus agimus.

Saluianum interdictum an detur omnibus creditoribur quibus hypothecaria actio competit ad l. 1. C. de præcario, & Saluian. interdict. *Cap. XXXVII.*

1 I*Nterdictum, quod appellatur Saluianum adipiſcēda poſſeſſionir cauſa comparatum eſt, eoq́ue vtitur dominus ſundi de rebus coloni, quar is pro mercedibus fundi pignori futurar pepigiſſet* ſunt verba Iuſtiniani *in §. ſequenr diuiſio, in fiae, Inſtiut. de interdictir.* Hoc interdictū estēdi ad omnes cauſas, in quibus hypothecaria actio competit plurimi tradiderunt, vide DD. *in l.1.C.de prac. in l. 1. C. de Salu. interd. & in d.§.ſequenr, & in §. idem ſeruiana, Inſt. de act.* & alios innumeros apud Statilium Pacificum, & Scapucinum *in commentar. de Saluiano interdicto editir.* eidem opinioni adhæret etiam Cuiac. *in paratislir, & comment. ff. & C. huius tit.* necnon D. Fachin. *lib. 8. c. 42.*

Mouentur huius ſententiæ auctores *ex l. 1. C. de præc. & Salu. interd.* dum diſertis verbis ait Imp. hoc interdictum dari aduerſus conductorem debitoremvè, debitor enim intelligitur in propoſito, qui ex alia cauſa, quam conductionis debitor eſt vnà cum obligatione rerum.

2 Aduerſus hanc ſentētiam pugnant Sarmientus *de redditibur Eccleſiaſticis par. 3. cap. 2. num. 19. & 20.* Menoch. *remed. 3. adipiſc. poſſeſſ. num. 20. verſ. caterum,* & alij de quibus Theſaur. *deciſ. 176. num. 10.* Ant. Faber *decad. 18. c. 1. cum ſequentibur, & decad. 60. err. 5. & 6.* quibus me ſocium adiungo, vtq́ue manifeſtè appareat hanc ſententiam eſſe veriſſimam, quod nam ſit fundamentum huius interdicti videamus.

Licet Iuſt. *in d. §. ſequenr, in fine, Inſt. de interd.* diserit hoc interdicto vti locatorem fundi aduerſus res coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori futuras eſſe pepigiſſet, non propterea in hoc iudicio quæritur, an res coloni fuerint, ſed an eas in fundū intulerit, vt colligitur *ex l. 1. ff. de Saluian. interd.* quia ſcilicet, quò ad hanc rem, ſufficienter conſtare dicitur res huiuſmodi coloni fuiſſe eo ipſo, quod conſtat ab eo fuiſſe inuectas, vel poſſeſſas, ex quo moti DD. frequentiſſimis ſuffragijs docent, non eſſe neceſſarium ei, qui agit Saluiano interdicto docere de dominio, aut quaſi debitoris, ſed ſatis eſſe docere de poſſeſſione ipſius.

3 Plurimum igitur a iuris ratione diſcedit hoc interdictum, nam actor pignoris ius exercet aduerſus eas res, in quibus conſiſtere pignus ad ſui fauorem conſtitutum non probauit, neque enim ius patitur actorem obtinere antequam ſuam probauerit intentionem, *l. ei, qui dicit, de probat.* non probauit enim pignoris ius ſe habere ex eo, quod probauit debitorem rem poſſediſſe, quia cum in re aliena pignus non poſſit conſtitui, *l. rem alienam, ff. de pign. act.* mala conſequentia eſt debitor poſſidebat rem, quam hypothecauit, ergo ipſius erat, *l. naturaliter, §. nihil commune, ff. de acquir. poſſeſſione, l. 1. ff. vti poſſidetis.*

4 At dices, actor in hoc iudicio intendit ſe rem tenere eo modo, quo eam debitor eius tenebat, nulla ergo fit iniuria poſſeſſori auferendo ipſi rem, vt maneat penes creditorem, quouſque ei fuerit ſatisfactum, eo modo, quo erat penes ſuum debitorem. Non rectè, nam poſſeſſio rei, quam debitor habebat in cauſa erat, cur apud ipſum tunc res maneret, cum ergo huiuſmodi poſſeſſio pęnitus estincta fuerit ſtatim, ac ipſe rem dimiſit, *l. 3. §. in admittenda, ff. de acquir. poſſeſſ.* illicò deſtructum fuit fundamentum iuris, quod debitor habebat, ita vt nec ipſe poſſit amplius huiuſmodi rem ſine vitio tenere ex veteri poſſeſſione, ergo non iure creditor ex perſona debitoris poſſeſſionem rei poſtulat, quia nemo plus iuris in alium transfert, quam ipſe habeat.

5 Cum verò in rebus nouis conſtituendis euidens vtilitas eſſe debeat, *l. 4. de conſt. Princ.* Videamus, cur hoc ius fuerit introductum, cum extaret ſeruiana actio, quæ fuit introducta, vt ex rebus inuectis in ſundum a colono poſſit locatori de mercede ſatisfieri, *§. item ſeruiana, Inſt. de act.*

Reſpondeo apud veteres Rom. quorum diuitię per vniuerſum ferè orbem diffuſæ erant, frequentiſſimum fuiſſe vſum locationis agrorum, & ideò, vt penſio ſalua eſſet, locator obligari ſibi curabat res coloni, & potiſſimum eas, quæ in fundum inuectæ fuerāt, *iuxta l. certi, C. locati, l. 4. ff. in quib. cauſ. pign. vel hypot. tac. contrah.* Verùm quia hæc actio, quæ ſuper iure pignoris nitebatur in magnas difficultates non rarò conijciebat creditorem, quia dominium conductoris in dubium non rarò reuocabatur ab eo ad quem res huiuſmodi peruenerant, ad hæc ergo incōmoda tollēda, quæ cum frequentiſſima eſſent, plurimum Reipublicæ nocebant, fuit Saluianum interdictum inuentum, eo enim cautum fuit, vt ſatis eſſet locatori docere de poſſeſſione debitoris, vt rem ſibi hypothecatam facilius conſequeretur, *l. 1. ff. de Salu. interd. in princ.*

6 His pręcognitis, dico nullam eſſe idoneam cauſam cur admittamus Saluianum interdictum porrigi ad eos, qui extra cauſam locationis hypothecā habent aduerſus iuris rationem, quæ non ſinit, vt probaui, rem poſſeſſori auferri ex eo ſolum, quod res a debitore fuerit poſſeſſa, nam ſi intentionem auctoris ipſius conſideremus voluit, conſulere locatoribus agrorum, non autem alijs, quia de alijs nullam fecit mentionem; ſi enim, & his voluiſſet cōſulere, cum hypothecariæ actionis incōmoda ante oculos haberet, id vtique non prætermiſiſſet.

7 Ceſſat quoque in alijs cauſis ea ratio, qua auctor huius interdicti motus fuit, non enim ita frequens eſt vſus aliarum conuentionum, quarum pleræque obligationem omnium bonorum continent, prout tunc temporis erat locatio agrorum, ergo ab huiuſmodi extenſione abſtinere debemus, quia ceſſante publicæ vtilitatis ratione vix eſt, vt ab iniuſtitia hoc interdictum defendatur; cur enim mihi auſers rem, quam ſine vitio poſſideo, iure pignoris, quod ſine calumnia inficior te in ea habere?

Natura

8 Natura etiam huius interdicti hanc respicit extensionem, nam iuris ratio, aduersus quàm fuit introductum, non finit illud, nec ad consequentias quidem trahi, *l. quod verò, ff. de legibus*, & hæc est differentia, quæ est inter seruianam, & hoc interdictum, quò ad rem nostram; seruiana enim a iuris ratione non aborret, quia vbi actor docet rem debitoris fuisse, plenè probat ius in re se habere, cuius virtus suaptè natura aduersus eos se extendit, ad quos res peruenerit, cum ius sit in re.

9 At dices, hoc interdictum fuit introductum, vt locator ageret aduersus conductorem, & tamen per extẽsionem aduersus tertium possessorem datur *l. 1. in princ. ff. de Saluiano*, ergo interdictum huiusmodi extensionem admittit. Respondeo legem fauorabilem Reipub. etiamsi iuris rationi aduersetur, extendi ex paritate rationis, *l. hoc ita, in fine, ff. de condit. & demonstr.* non est ergo, cur miremur Iulianum putauisse hoc interdictum porrigi aduersus possessores rerum per conductores hypothecatarũ, qa id Reipublicæ vtile erat, ne fraus interdicto fieret conductore res hypothecatas in alios transferente, non licet ergo hinc arguere in quæstione nostra, quia, cum de alijs conuentionibus agimus, huiusmodi rationi locus esse non potest.

10 Hæc vera esse secundum illud ius, quod vigebat tempore Iurisccõsultorum, quorum scripta ad nos peruenerunt, non licet in dubium reuocare, quia apud eos, licet plurima de pignoribus, & hypothecaria actione scripserint, nulla quò ad rem nostram Saluiani interdicti mentio reperitur, cum enim sit longè vtilius, quam hypothecaria actio, ea omissa creditores hoc remedio aduersus tertios possessores rerum sibi hypothecatarum vsi fuissent, & pro indè hypothecariæ actionis rarò, Saluiani autem frequentissimè mentio facta fuisset, quemadmodũ hodie accidit in ijs regionibus, in quibus hoc interdictum recipitur in omnibus causis in quibus hypothecaria competit.

11 Vt ergo hoc interdictum ad alias causas porrigi potuerit, necessè est nouum ius ostendere, ex quo hoc fuerit inductum, quod DD. deducere conantur *ex l. 1. C. de præc. & Salu. interd.* cuius verba hæc sunt.

Si te non remittẽte pignus debitor tuus ea, quæ tibi obnoxia sunt venundedit, integrum ius est tibi ea persequi, non interdicto Saluiano, (id enim tantummodò aduersus conductorem debitoremvè competit) sed seruiana actione, vel quæ ad exemplum eius instituitur vtilis aduersus emptorem exercenda est.

Vrgent aduersarij illa verba, *Id enim tantummodò aduersus conductorem, debitoremvè competit*, Si enim Imperator sentiret hoc interdictũ competere solum aduersus conductorem, cur postquam de conductore fecit mentionem, subdit *debitoremvè?* Si ergo competit aduersus omnes debitores, ergo etiam competere debet aduersus omnes, qui res huiusmodi debitorum creditoribus hypothecatas possident.

12 Omitto textum debere intelligi de debitore, cuius obligatio ex contractu locaturus dependet, vt ostendi in cap. sequenti, & respondeo malam hanc esse consequentiam, quia expressè repugnat textui, qui ait competere tantummodò aduersus conductorem debitoremvè, quid enim operaretur dictio illa restrictiua, si idem esset in quocunque rerum obligatarum possessore? sed quid vtor coniecturis, cum apertis verbis decidat textus emptorem rerum hypothecatarum, non posse a creditore conueniri Saluiano interdicto, sed debere creditorem vti seruiana, vel quasi seruiana contra eum, si enim bona consequentia est, datur aduersus omnem debitorem, ergo datur aduersus omnem possessorem bonorum ab eo obligatarũ, cur in eo tex. Saluianam denegatur ei, cui competit actio hypothecaria, ait autem textus ad quasi seruianam eum debere confugere, ergo illi exponunt textum, qui aiunt Imperat. intelligere de directo interdicto, si enim Imperator putauisset vtile interdictum Saluianum ei competere, cur ait ei non dari Saluianũ, sed hypothecariam, cum inter vtile, & directum Saluianum, quò ad rem nostram, nulla sit differentia, cumque longè difficilius sit obtinere in hypothecaria, quã in Saluiano vtili, cur ait ea ipsum debere vti, si poterat vti Saluiano vtili?

13 Prauamque consequentiam huiusmodi esse indè etiam colligitur, quod lex est rescriptum quodã redditum a Gordiano Imperatore, quod iuris veteris declarationem, non autem iuris noui constitutionem continet, si enim vt suprà probaui ex iure veteri non poterat hæc extensio fieri, vtique ex hoc rescripto fieri non posse constat, quia nihil noui introducit, quodque ex hoc rescripto non fuerit hæc extensio introducta, ex eo præterea comprobatur, quòd in Codice habemus plurima rescripta, multasque leges quæ prodierunt ab Impp. qui post Gordianum floruerunt, quę de hypothecaria actione tractant, nullibi autem de hoc interdicto agitur, excepto hoc Gordiani rescripto. Inuerisimile enim est homines deindè vsos fuisse hypothecaria actione, si loco eius successisset Saluianum vtile cũ longè vtilius sit.

Hæc de grauissima hæc controuersia satis, quæ, ni fallor, rem ponunt in aperto, reliquum erit, vt iudices rationum, ac legum auctoritatem pluris faciant, quam interpretum multitudinem, sic enim fiet, vt opinio contraria, quæ comertijs plurimum obest, penitus explodatur.

De intellectu legis primæ, C. de præc. & Saluiano interdicto. *Cap. XXXVIII.*

1 SI *te non remittente pignus debitor tuus ea, quæ tibi obnoxia sunt venundedit: integrum tibi ius est ea persequi, non interdicto Saluiano, (id enim tantummodò aduersus conductorem debitoremve competit) sed seruiana actione, vel quæ aduersus eum instituitur vtilis aduersus emptorem exercenda est.* Hæc sunt verba *l. 1. C. de præc. & Saluiano interdicto.*

Dubitant DD. quemadmodum accipiendum sit illud verbum *debitoremvè* Accurs. & cũ eo Ant. Faber *decade 60. err. 6.* & quidam alijpro eodem poni docent, cui se cæteri opponunt, si enim debitoris nomine significatur conductor, quomodò Imp. poterit excusari quod frustra verbum huiusmodi posuerit? aiunt ergo textum debere intelligi de debitore alia ex causa, quàm cõductionis, vt sit

ſenſus interdictum Saluianum competere, nõ ſolũ aduerſus conductorem, ſed etiam aduerſus quoſcũque alios debitores, qui res ſuas hypothecæ vinculo ligauerunt, non rectè, quia Imperator ait poſſe actorem vti ſeruiana actione aduerſus poſſeſſorem bonorum debitoris, de quo ibi fit mentio, ergo non intelligit de omni debitore, ſed de eo, qui ex cauſa conductionis debitor eſt, hæc enim actio ei ſoli competit, qui ex cauſa conductionis debitor eſt, *§. item ſeruiana, Inſt. de act.* Inſuper, ſi debitoris appellatione omnes qui bona ſua obligauerunt cõtinentur, cur ei de quo ibi agitur denegatur?

2 Vt ſenſus germanus huius textus detegatur, animaduertere oportet, Imp. in initio textus, loquendo de illo, de cuius bonis tractabatur, ipſum ſub nomine debitoris appellauiſſe, inquit enim, *Si te nõ remittente pignus debitor tuus, quæ tibi obnoxia ſunt venundedit*. Secundò animaduertendũ eſt huiuſmodi debitorem ex cauſa locationis fuiſſe obligatum, cum aduerſus eius bona ſeruiana competat, iuxta tex. *in §. ſeruiana, Inſt. de act.* His p̃miſſis dico tex. in verbis, de quibus agimus, dum de debitore mentionem facit, de eo eſſe intelligendum, qui obligatus erat ex cauſa, de qua ibi tractabatur, & ſic de debitore obligato ex cõtractu locationis, quẽ ideò diſtinguit a conductore, quia non ipſe, ſed alius cõduxit, pro quo ipſe interceſſit, qui ideò ex contractu conductionis obligari dicitur, quia ea adimplere tenetur, quæ conductor promiſit, dum fundum conduxit.

3 Hic ſenſus eſt conueniens verbis, quia conductor, & qui interceſſit pro eo diſtinguuntur, eſt cõueniens ſubiectæ materiæ, quia tractatur de remedijs locatori cõpetentibus aduerſus bona ſibi hypothecata, nullamq́ue continet abſurditatẽ, ergo eſt admittẽdus, cũ cæteræ expoſitiones graues patiantur difficultates, quas cõmemoraui nu. 1. & 2.

At dices, immò magna hinc ſequitur abſurditas, quia, hoc ſenſu admiſſo, ex hoc textu colligitur Saluianum non dari aduerſus poſſeſſores bonorum conductoris, & fideiuſſoris eius, cũ dicat illud dari tantummodò aduerſus conductorẽ debitoremvè, quod pugnat apertè *cum l. 1. ff. eod. tit. in principio.*

4 Reſpondeo eandẽ incõmoditatem oriri etiam ex alijs intellectibus, cum textus dicat, eum de quo ibi agebatur vti ſeruiana debere, non autem Saluiano ex quo res erat penes tertium poſſeſſorem; cum enim ſeruiana ſolummodò detur aduerſus res ex cauſa locationis obligatas, vtique neceſſariò intelligi debet de rebus a conductore, vel eius fideiuſſore obligatis, ergo ex hoc tex. etiamſi verba, de quibus agimus, ſecundum communem ſenſum exponantur, clarè probabitur Saluianum non dari aduerſus tertium poſſeſſorem rerum locatori obligatarum.

5 Pugnat, inquam hæc lex *cum d. l. 1. ff. eo. tit.* ita apertè, vt nullus conciliationi ſupereſſe locus mihi videatur, niſi corrigẽdo textum, vt facit Faber *decad.* 58. *error.* 8. cum apertis verbis doceat l. C. aduerſus tertium poſſeſſorem ancillæ locatori obligatæ dari debere vtile interdictum, hoc enim ex l. noſtra excludi, vel ex eo liquet, quod non diſtinguit, de quo Saluiano loquatur, cum ait Saluiano eum vti non poſſe, quod tamen fieri oportebat, ſi vtile Saluianum competebat, cũ ex profeſſo agat de remedijs, quibus eum vti oportet, & vtilis ſeruianę meminerit.

6 Ideò autem non fuit recepta opinio Iuliani relata *in d. l.* 1. quia iſtud interdictum graue nimium eſt poſſeſſoribus, cum compellantur dimittere rẽ ei, qui nõ probat ſe habere vllum ius in ipſa, qui enim nõ docet eum, quo conſtituit pignus potuiſſe illud conſtituere, fruſtra ius pignoris allegat; & hæc cõferunt ad ea quæ in antecedenti capite ſcripſi, quæ ideò ſeparatim poſui, quia plurimi ex ijs, qui in foro verſantur blaſphemiam audire ſe exiſtimant, cum quis ait in iure Iuſtinianeo adeſſe leges pugnantes, proh cecitas?

Exceptio excuſſionis an habeat locum in iudicio vtilis Saluiani interdicti ad Auth. hoc ſi debitor, C. de pignoribus *Cap. XXXIX.*

1 Conſtituit Iuſtin. *in §. ſed neque, Auth. de fideiuſ.* non licere creditori agere contra poſſeſſorem rerum ſui debitoris, antequam debitor, eiusq́ue fideiuſſores mandatoreſq́ue fuerint excuſſi, & ideò dubitatur, an hoc habeat locum, cum quis vtitur remedio vtilis Saluiani interdicti aduerſus poſſeſſores rerum ſibi hypothecatarum.

Negatiuè reſpondit Socin ſen. *conſ.* 80. *num.* 2. *in fine lib.* 3. Aym. *conſ.* 201. *num.* 45. Rol. *conſ.* 9. *num.* 18. *& conſ.* 14. *nu.* 18. *lib.* 1. & alij de quibus Theſ. *deciſ.* 175. Hond. *conſ.* 17. *num.* 14. *lib.* 2. Menoch. *remed.* 3. *adipiſc. num.* 180. Statilius Pacif. *de Saluiano interdicto. cap.* 2. *inſpect. ſecunda, num.* 26. Scapucin. *in eodem tractatu.*

Fundamentum huius ſententiæ in eo conſiſtit, quòd hoc iudicium poſſeſſorium eſt, & ſummariũ, & ideò non admittit exceptiones reſpicientes petitorium, & requirentes altiorem indaginem, prout eſt exceptio, de qua agimus.

2 Contrariam ſententiam acriter propugnat Nata *conſ.* 531. & alij ſequũtur, de quibus Theſſ. *deciſ.* 175. necnõ D. Fach. *lib.* 8. *c.* 93. A. Fab. *dec.* 57. *c.* 5.

Conſiſtit fundamentum huius ſententiæ in cõſtitutione Iuſtiniani *in §. ſed neque, Auth. de fideiuſſ.* dum dicit, non eſſe licitum moleſtiam inferre poſſeſſoribus rerum debitoris, antequam fuerint excuſſi illi, qui actione perſonali tenentur.

3 Huic ſentẽtiæ ego adhæreo eodem motus fundamento, quod pro hac ſententia ſic vrgeo. Verba Iuſtiniani vi ſua continent iudicium, de quo agitur mens eius, ac publica vtilitas in idem concurrunt, ergo perperam contendunt aduerſarij illud ex hac conſtitutione eximere.

Verba Iuſtiniani, quò ad rem noſtram, hæc ſunt ſecundum tranſlationem vulgatam, qua pragmatici vtuntur, *Sed neque ad res debitorum, quæ ab alijs detinentur veniat prius, antequàm tranſeat viam ſuper perſonalibus contra mandatores, & fideiuſſores, & ſponſores, ſicque ad res veniens principalis debitoris, ſiue ab alio detineantur, & detinentes eas conueniens, ſi neque indè habuerit ſatisfactionem, tunc veniat aduerſus res fideiuſſorum, & ſponſorum, idem enim eſt dicere, vel ſi quoſdam habuerint homines obligatos, qui hypothecarijs actionibus ſibi teneri poſſint.*

His verbis cum non diſtinguat Imper. quibus

remedijs

remedijs creditor res sibi hypothecatas persequatur, vtique vi sermonis generalis iudicium, de quo agimus, continetur.

4 Continetur etiam in illis verbis. *Similiter obtinente etiam in alijs contractibus in quibus fideiussores aliqui, aut mandatores, aut sponsores aliqui accipiuntur*. Cũ enim dixisset eo casu, quo ex contractu emptionis, aut vendirionis fideiussores, vel mandatores, aut sponsores fuerunt dati, debere prius conueniri debitorem, & eos qui pro eo intercesserunt, quàm agatur aduersus possessores bonorum debitoris, subdit idem esse in alijs quoque contractibus, si vim huius sermonis perpẽdimus, vtique etiam contractus locationis continetur, & ideò ex hac lege prohibitus erit locator agere contra res sui debitoris sibi ex causa locationis hypothecatas, cũ adsunt penes tertium possessorem (loquor ex opinione aduersariorum) antequam conuenerit conductorem, & eos, qui pro eo intercesserunt; ergo ex hac lege probibitus erit locator vti Saluiano interdicto aduersus res coloni, non facta prędicta excussione, hoc enim est remediũ, quod ei aduersus res coloni conceditur, *§. sequens, in fine, Instit. de interdictis*.

5 Mentem nunc Iustiniani expendamus. Is hanc constitutionem edidit, vt subditis suis prospiceret, *vt in initio, ac calce eius liquet, & in fine d. §. sed neque*, nam valde durum est eum, qui a debitore, vel a fideiussore sponsorevè, aut mandatore consequi potest, id quod sibi debetur, molestia afficere illos qui res debitoris detinẽt, ad hosce enim in subsidiũ solum deueniẽdum esse videtur, cum in subsidiũ actionis personalis, ius hypothecę fuerit introductũ, quam duritiem agnouerunt auctores statutorũ patriæ meæ, nam concesserunt appellationem ad effectum suspensiuum in iudicio Saluiani, si excussio non fuerit facta *c. 51. in fine lib. 2*.

Quis ergo inficiabitur mentem Iustiniani esse sub hac lege Saluianum contineri, cum longè grauius sit hoc interdicto, quam actione hypothecaria res possessori auferri? grauius inquam est, quia actor id ipsum hoc iudicio consequitur, quod tribuit hypothecaria, & tamen non docet se ius in re habere, cum non doceat rem potuisse a debitore obligari sicut facit is, qui hypothecaria vtitur, & rem vnica sententia expedit, & quidem facillimè, cũ huius iudicij assertores negent in eo debere admitti exceptiones postulãtes altiorem indaginem, & appellationem ad effectum deuolutiuum.

6 Sed quid opus est coniecturis? si verum est, quod aduersarij pro constanti ponunt, hoc interdictum competere, vbi datur hypothecaria, nonne Iustinianus legem edidisset planè frustratoriam, si voluisset eam in hypothecariæ iudicio tantummodo locum habere, cum posset actor dimissa hypothecaria per hoc interdictum idem facilius, ac citius obtinere?

7 Publicæ vtilitatis ratio, sicut in oĩbus, ita in hac constitutione habita fuit a Iustiniano, *vt constat ex initio, & fine constitutionis, & ex §. sed neque, in fine*, hæc autem in eo consistit, quòd comercia coarctantur, cum facilè molestia infertur possessoribus bonę fidei, cum enim quis ære alieno præmitur, homines non sunt faciles in ineundis cum eo comercijs, etiamsi eum soluendo esse sciant, si in potestate creditorum est dimisso debitore possessores rerum eius conuenire.

In eo etiam consistit publica vtilitas, quia aliàs nimis lites multiplicarentur; nam postquam creditor contra possessorem rerum debitoris obtinuit, alię exoriuntur lites ex parte possessoris, vel cũ alijs possessoribus rerum eiusdem debitoris, vel cum ipsomet debitore, quæ magna ex parte amputantur, si modus in hac constitutione præscriptus custodiatur.

Non est ergo cur velimus eam aduersus vim verborum coarctare, cum scriptum sit leges Reip. fauorabiles, etiamsi rationi iuris aduersentur, plenius esse accipiendas, *l. 4. ff. de fundo dotali, l. 1. in princ. vers. quid deindè dicimus, ff. ad S.C. Sillan. l. hoc ita, in fine, ff. de condit. & demonstr.*

8 Hæc autem sententia euidentissima erit, si clarè dissolutum fuerit fundamentũ ex aduersò allatum, quod comodissimè fieri potest.

Dicunt aduersarij exceptionem excussionis requirere altiorem indaginem: hic sermo duplici sensu accipi potest. Primò reum, qui opponit exceptionem non fuisse factam difficile posse probare hanc exceptionem veram esse, & ideò eam altiorem requirere indaginem. Secundò accipi potest excussionem longum tempus requirere, & ideò exceptionem excussionis altiorem postulare indaginem.

Si primo modo accipiatur, euidenter falsum est hanc exceptionem altiorem postulare indaginem, cum enim coram iudice competenti excussio fiat, facilè erit ex actis iudicis competentis statim intelligere, an excussio fuerit facta.

Si verò secundo modo accipiatur, non rectè dicitur exceptionem hanc esse obscuram ex eo, quod excussio longum tempus desideret, nam cum hæc exceptio consistat in eo, quod non fuerit facta excussio, de ipsius veritate constat, cum ostenditur excussum non fuisse debitorem nihil prorsus refragante difficultate excutiendi debitoris, quia hoc non respicit exceptionem rei, sed intentionem actoris.

9 Constituit Iustinianus, rem clarius exponam, ne quis hypotheca vtatur aduersus tertios possessores, nisi excussi fuerint illi, qui actione personali tenentur, vt ergo fundata sit intentio eius, qui hypotheca vtitur, necessè est vt excussi fuerint illi, qui actione personali tenentur, & proindè difficultas excutiendi exceptionem rei non respicit, sed intentionem actoris; non rectè ergo ex aduersò dicitur exceptionẽ excussionis non factę in hoc iudicio respui debere, quia altiorem poscit indaginem.

10 Et ex his tollitur id, quod dicitur ex aduersò hãc exceptionem respicere petitorium, nam huiusmodi exceptiones in hoc iudicio admittuntur cũ probatæ fuerunt, vel incontinenti possunt probari, *l. 1. in fine, ff. de Salnian. interdict.* Rota apud Statilium, *decis. 2. in fine*, & apud Card. Seraph. *decis. 757. nu. 1.* & proindè hoc non poterit esse impedimento, quo minus hæc exceptio admittatur, si per attestationem iudicis, ad quem pertinebat excussionem facere, constiterit excussionem nõ fuisse factam, hoc autem ex abundanti dico, quia cum respiciat intentionem actoris, quod fuerit facta excussio, satis est reo negare eam fuisse factam, *l. ei qui dicit, de probat.*

11 Concludo igitur excuſsionem præcedere debere, vt vtile Saluianum locum habere poſsit,& ita obſeruandum eſſe reor, cum hæc opinio veriſſima ſit euidenter, & Reip. vtiliſſima,nec te turbet ampliſſimæ Rotæ Romanæ auctoritas, quæ contrarium obſeruat, quia ex ſtilo magis quam ex fontibus iuris hæc opinio apud eam inualuit,nam in huiuſmodi Rota nunquam ex profeſſo de hac re diſputatum fuit,vt conſtat ex deciſionibus a Statilio de hac materia æditis.

De vi,& poteſtate eius probationis,quæ per coniecturas,ac præſumptiones fit. Cap. XXXIX.

1 DE vi,& poteſtate probationis,quæ per coniecturas,ac præſumptiones fit,agere conſtitui, cum res ſit quotidiana,nec ſatis explorata.

Præmitto autem coniecturis, & præſumptionibus tunc eſſe locum,cum per teſtes, inſtruméta,& id genus probationes,de veritate conſtare non poteſt,quia in claris non eſt opus coniecturis.

2 Secundò præmitto nos, cum neceſsè eſt ſententiam ferre de rebus obſcuris, id ſequi debere, quod veriſimilius eſt *l.in obſcuris, de reg. iur.* omnis ergo coniectura a veriſimili pendent, cum circa facta obſcura omnis coniectura verſetur; itaque eatenus vrgebit præſumptio,quatenus veriſimilitudo patitur, & hæc eſt ratio, cur in concurſu præſumptionum contrariarum,illæ ſint potiores, quę veriſimiliores ſunt, vt poſt alios docet Menoch. *lib. 1. præſumpt. q. 29. num.* 10. & alij paſſim.

3 Tertiò præmitto pręſumptionum alias eſſe, quę mouent nos, ſed non omninò perſuadent, alias verò eſſe,quæ nos omninò perſuadent ad credendum id, quod nobis proponunt, cuius generis ſunt illæ, de quibus *in l.fin.C.de probat.* & alibi.

4 Quartò præmitto in factis obſcuris legislatoré dupliciter verſari, determinãdo regulariter veram eſſe alteram partem,vel rem religiont iudicis committendo.

Determinat in negotijs obſcuris alteram parté veram eſſe, cum plerumque pars huiuſmodi vera eſt,quia in rebus obſcuris, quod plerumque accidit ſequimur,*l.in obſcuris,de reg.iur.* rem indeciſam relinquit,eius declarationem iudici relinquẽdo, cum non poteſt commodè determinari, rem in abſtractò conſiderando, quæ pars plerumque vera ſit,
5 cuius generis ſunt ea, quæ habentur *l. 5. §. a Barbatis, ff. de re milit. in l. iam hoc iure, prope finem, ff. de vulg. in l. ex facto, § ſi quis rogatus, ff. ad S.C. Trebell. in l. 3. C. de hæred. inſtit. in l. non aliter, §. 1. de leg. 1.* alterius verò generis exempla petenda ſunt *in l. filium habeo, ff. de his, qui ſunt ſui, vel alien. iur. ex l. licet Imperator, ff. de leg. 1. ex l. iam hoc iure, ff. de vulgar. iuncta l. fin. C. de inſt. & ſubſt. ex l. 1. C. de imp. & alijs ſubſt.* vt alios locos omittam.

6 Inter hæc autem maxima eſt differentia, cuius ignoratio multos in erroré traxit, vbicunque enim lex determinat in facto ambiguo alteram partem regulariter veram eſſe, ille,cui hæc pars fauet,intentiuem ſuam ſufficienter probatam habet, & ideò ad aduerſarium eius ſpectat contrarium probare, quod eſt illud, quod noſtri dicere ſolent, præſumptionem iuris reijcere onus probandi in aduerſarium,ad alteram inquam partem ſpectat onus probandi,& quidem plené, quia actore intentionem ſuam plenè non probante abſoluitur reus, *l. qui accuſare, C. de edendo*, ergo ei non licet in contrarium adferre coniecturas,& præſumptiones,quæ mouet quidem iudicem, ſed non omninò perſuadent ad credendum rem ſic ſe habere, quia per haſce præſumptiones plena probatio non conficitur.

7 Econtra cum lex veritatem facti ambigui detegendam iudici relinquit,res aliter ſe ſe habet, cum enim factum obſcurum eſt, vt admonui *ex l. in obſcuris, ff. de reg. iur.* id ſequimur, quod veriſimilius eſt, & per conſequens, vt alteram partem facilius amplectamur,huiuſmodi coniecturæ poſſunt facere, quia licet non plenè perſuadeant iudicem, poſſunt tamen eam partem cui fauent reddere veriſimiliorem.

8 Quintò præmitto a DD. in hac materia vſurpari hoſce terminos, coniectura, præſumptio, indicium, adminiculum, ſuſpicio, eoſque varijs modis diſtingunt, vt plenè proſequitur Menoch. *lib. 1. de præſumpt. q. 7.* & Farinac. *tit. de indicijs. q. 1.* quorum doctrinam, & ſi magna ex parte mihi diſpliceat, confutare non ſtatui, quia diſceptatio ad quæſtioné nominis redigitur, quoad rem enim omnes cõcordant, non referre quo ex his terminis vtamur, dum veriſimile ſit id,quod allegatur, & iudicem perſuadere valeat.

9 His præmiſſis, quid præſumptio ſit, videamus, commodiuſque fiet diſtinguendo ſignificationem huius verbi pręſumptio, quatenus ad rem noſtram ſpectet, dupliciter præſumptio a noſtris vſurpatur. Primò pro eo genere probationis, quod per coniecturas conficitur, quo ſenſu accipitur cum dicitur, præſumptio reijcit onus probandi in aduerſarium, præſumptio eſt liquidiſſima probatio, præſumptio cædit veritati.

10 Secundò accipitur pro coniecturis ex quibus genus hoc probationis cõficitur, quo ſenſu accipitur cum de negotijs particularibus tractando, præſumptiones particulares numeramus, ex quibus aliquid perſuaderi poſſe exiſtimamus.

11 De præſumptione primo ſenſu accepta nunc agamus, mox explicaturi vim præſumptionis altero modo acceptæ. *Præſumptio* primo modo accepta *eſt rei ambiguæ per coniecturas demonſtratio:* cum enim probationis ſpecies ſit, vtique eſt rei ambiguæ demonſtratio; nam probatio nihil aliud eſt, eã ciuiliter, non phiſicè accipiendo, quam rei ambiguæ per idonea media demonſtratio, differentia autem,quæ eſt inter præſumptiones, & alias probationis ſpecies,inſinuatur per illa verba, per coniecturas, nam probationis ſpecies, non aliundè diſtinguũtur,quam ex diuerſitate modi, quo ré ambiguam in aperto ponunt, vt ex ipſis facilè eſt intelligere.

12 Et ex his intelligimus nõ rectè Bal. *in Rub. C. de prob. num. 4.* appellare præſumptionem, hoc ſenſu acceptum, applicationem animi iudicis ad alterã partem, quia applicatio huiuſmodi eſt effectus præſumptionis; qua ratione, etiam reijcitur id, quod ait in eadem Rub. Salicet. præſumptionem eſſe applicationem animi ad veriſimile. Eadem ratione, repellantur illi, qui præſumptionem interpretationem

nem

nem appellant, vt per Menocb. *lib. 1. de præsumpt. q*... quia præsumptio efficit, vt hanc vel illam potius interpretationem sequimur, quia eam reddit magis verisimilem.

13 Ex his etiam diffiniri potest nostrorum controuersia, an præsumptio verè, & propriè sit probatio, de qua luculenter agunt DD. *in Rubr. extra de probat.* Menoch. *d. lib. 1. q. 36.* cum enim substantia probationis plenè reperiatur in præsumptione, quia præsumptio rem ambiguam demonstrare potest, & in aperto ponere, non potest quis vllo modo inficiari, eam verè, & propriè probationem esse, hoc enim aliundè deduci non potest, quam ea participatione substantiæ probationis.

14 Quod autem probatio præsumptiua rem ambiguam in aperto ponere valeat probat *l. licet Imperator 64. ff. de leg. 1. l. fin. C. de hæred. instit. l. 4. C. de impub. & alijs subst. l. final. in fin. C. de prob. l. si qui 34. C. ad l. Iul. de adulter. c. litteris, extra de præsumption. c. 5. de empt. & vendit.* nec obstat, coniectura nos quandoque fallere, quia nos fallunt etiam quandoque testes, & instrumenta.

15 Ideoque potentem plerique nostrorum hanc speciem probationis existimant, vt eam sufficere putent in casibus, in quibus aliquid expressè fieri necesse est. vide Menoch. *d. lib. 1. q. 45.* & ideo eorũ opinioni manifestè aduersantur, qui asserit eam verè, & propriè probationem non esse.

16 Itaque si conditionaliter probatio requiratur, satis erit præsumptiua probatio, quia, cum propriè probatio sit, dispositionis verba eam continebunt, cumque adimpleatur voluntas disponentis, qui nihil aliud voluit, quàm plenè, & clare id probari, quod in conditione posuit, non est dubitandum præsumptiuam probationem in his dispositionibus contineri.

Alij aliter scripserunt, vt cõstat ex DD. *in Rub. de præsumpt.* & in locis de quibus Menoc. *d. lib. 1. q. 37.* quorum opinio non modò reijci debet, quia falsa est, sed etiam quia communi nostrorum sensui repugnant.

17 Cum enim DD. passim doceant a regula *l. non aliter, ff. de leg. 3.* ex coniecturis recedi, visque apertè sentiunt coniecturas sufficere, cum probatio cõtrariæ voluntatis posita fuit in conditione, ab hac enim regula non possumus recedere *nisi euidens sit voluntas testatoris*, vt legitur *in d. l. non aliter.*

18 Item *in l. licet Imperator 64. ff. de leg. 1.* dicitur a regula ibi firmata recedi non posse *si non sit euidens voluntas testatoris*, scilicet si euidenter nõ fuerit probatum aliud testatorem sensisse, & tñ I.C. ibi, & post eum interpretes satis esse existimant de voluntate per coniecturas constare.

19 Quid plura? Iustinianus *in l. final. C. de nouat.* statuit nouationem hodie non fieri, *nisi partes specialiter remiserint priorem obligationem, & expresserint, secundam pro prima se eligere*, & tamen plerique nostrorum docent huic constitutioni coniecturis satisfieri. vide Menoch. *lib. 3. præsumpt. 135. num. 36.* vt alios locos recentiorum prætercam.

20 Addo insuper præsumptionem esse admittendam in illis etiam casibus in quibus vera, legitima, euidens, manifesta, aut indubitata probatio desideratur, de qua re plenè tractant DD. *in Rub. de probat.* Menocb. *lib. 1. præsumpt. quæst. 39.* nam veram probationem eam esse ex eo cõuincitur, quòd eiusdem substantiæ particeps est, cuius sunt alia probationis genera.

Legitimã probationem esse plurimi iuris nostri loci euincunt, in qua probatio, quæ per coniecturas fit, recipitur.

21 Euidentem probationem eam esse disertè probatur *ex l. licet Imper. 64. ff. de leg. 1.* ibi enim a I.C. & ab interpretibus recipitur probatio præsumptiua, etiam si euidens probatio voluntatis requiratur, idem admittunt DD. nostri passim, dum doceant a regula *l. non aliter, ff. de leg. 3.* recedi, si de voluntate testatoris per coniecturas constiterit; ab hac enim regula non recedimus, nisi euidens sit voluntas testatoris, *vt in d. l. non aliter* disertè dicitur.

Rem indubitatam præsumptiuam probationẽ facere posse euincunt *l. final. C. de prob. l. si qui 34. C. ad l. Iul. de adulter.*

De eadem materia, & an præsumptiua probatio admittenda sit in foro conscientiæ. Cap. XL.

1 CVm itaque probatio, quæ per coniecturas fit vera, ac propria sit probatio, id quod per hãc probationem constat verum existimabimus eo modo, quo credimus esse verum id, de quo per testes, aut per instrumenta constat; & per consequens dispositio agens de casu vero habebit locum in casu præsumpto, quod etiam nostris placet, vt per Menoch. *lib. 1. de præsumpt. q. 47.*

2 An verò per præsumptionẽ satis fiat dispositionibus, quæ aliquid esse expressum exigunt, tractat post alios Menoch. *d. lib. 1. q. 45.* ego sic distinguendum esse reor, aut verba legis ad actum ipsum referuntur, aut ad probationem actus.

Cum ad actum referuntur, si per præsumptionẽ constabit actum expressè fuisse factum, quia hæc probatio vera, ac propria probatio est, & apta ad probandum sicut testes & instrumenta, vt in antecedenti capite ostendi, num. 14. 15. & 17. vtique satisfactum erit dispositioni desiderãti aliquid expressè fuisse factum.

3 Si verò verba dispositionis, ad probationẽ actus referantur, distinguendum est rursus, aut enim dispositio simpliciter vult de aliquo constare expressè, aut disponit debere constare expressè in sermone, vel in scriptura; si primo modo disponat, puto ei satisfieri, si per coniecturas clarè, & euidenter fuerit facta probatio, quia tunc satis commodè id expressum esse dicimus, quod apertè, & clarè constat.

4 Si verò altero modo res se se habeat, aliud sentio; expressum enim relatum ad sermonem, vel ad scripturam dici non potest, quod per coniecturas elicitur, *l. nunquam 52. ff. de cond. & demonstr. l. eum qui 138. §. 7 ff. de verb. oblig. l. iubemus, vers. sed nec aliqua, & vers. sed quemadmodum, C. de testam. l. qui res, §. qui stipulatus, ff. de solut.*

5 Videamus nunc, an in iudicijs criminalibus probatio præsumptiua sufficiat, de qua re extat *l. fin. C. de prob.* ibi enim ex professò tractatur de probationibus, quæ in his iudicijs admittuntur, & inter alia indubitata inditia numerãtur, igitur probatio præsumptiua

ſumptiua ſatis erit in his cauſis, ſi modò indubitatam rem reddit, quia ſi hoc non eſt neceſsè, iure reprehendimus legislatorem, quòd ex profeſsò hanc rem tractans, nos deceperit, ſi enim nõ eſt neceſsè, vt inditia ſint manifeſta, cur de indubitatis inditijs ſolummodò mentionem facit?

6 Huc pertinet *l. ſi qui 14. C. de adult.* vbi ex coniecturis ideò aliqui damnantur, quia ex illis adeò res clara reddebatur, vt facinus veluti confeſſum, conuictumque redderetur.

Nec aliter ſecundum iuris regulas reſpõderi poteſt, quia nemo damnari poteſt, niſi confeſſus fuerit, vel conuictus, *l. qui ſententiã 16. C. de pœnis*, non poteſt autem conuictus dici is, de quo extant inditia, quæ dubitatione non carent.

7 Ex quo poteſt commodè decidi illa noſtrorum controuerſia, quid facere debeat iudex, cum aduerſus reum vrgent aliqua inditia, quæ indubitata nõ ſunt, de qua agunt Sarmient. *lib. 1. Selectar. c. 1.* Menoch. *lib. 1. præſumpt. quæſt. 97.* & alij ab his relati.

8 Cum enim *in d. l. final.* enumerẽtur probationes, quæ in iudicijs criminalibus recipiuntur, & catenus admittantur coniecturæ, quatenus rem reddunt indubitatam, vtique eas excludunt, quæ licet multum vrgeant, dubitatione tamen non carent.

9 Nec valet, quod reſpondet Menoch. *num. 33. in fine*, tex. huiuſmodi intelligi debere, cum pœna corporis afflictiua imponenda eſt, quia hoc eſt violare textum, ipſe enim ex profeſsò rem tractans, nulla facta diſtinctione, ea tantum inditia admittit in criminalibus cauſis, quæ dubitatione carent.

10 Vtque res planiſſima fiat ad mentem Sarmienti, ſic ratiocinemur, cum coniecturæ non ita perſuadent iudicem, vt pro comperto habeat delictũ, a reo commiſſum fuiſſe, vtique is dicere non poteſt plenè de delicto conſtare, ergo reum abſoluere debet etiam ſi coniecturæ aliquæ contra eum valdè vrgeant, quia accuſatore plenè ſuam intentionem non probante reus eſt abſoluendus, *l. qui accuſare, C. de edendo*, in quam ſententiam vide tex. *in c. litteras 14. de præſumpt.*

11 At ſe ſe opponit Menoch. fatendo quidem non fuiſſe conuictum reum, ſed negando, hanc probationem non eſſe ſatis ad condemnandum reum pę na extraordinaria, cum Romani Pontifices non ſemel id fecerint, vt conſtare ait *ex cap. accedentes 13. de accuſ. ex cap. 5. de adulter. ex capit. de hoc 11. de ſimonia, ex cap. cum contumacia 7. de hæretic. lib. 6.*

12 Reſpondeo in tribus primis locis pœnam iniunctam fuiſſe ex eo, quòd defecerunt rei in purgatione canonica, vt in illis clarè habetur, receptum eſt enim clericos, de aliquo crimine diffamatos, ſi in purgatione canonica defecerint, puniri iuxta ea, quæ habentur *in c. 7. in c. ex tuarum, in c. inter ſollicitudines, de purgat. canonica.*

13 Id verò, quod habetur *in d. c. cum contumacia*, non pertinet ad hanc rem, quia circunſtantijs benè ponderatis, facilè intelligimus eum, de quo ibi agitur indubitatis indicijs de hæreſi conuictum fuiſſe, verba tex. hæc ſunt, *Cum contumacia (in cauſa præſertim fidei) ſuſpicioni præſumptionem adijciat vehementem, ſi ſuſpectus de hæreſi vocatus a vobis, vt de fide reſpondeat, excommunicationis vinculo (pro eo, quod parere ſubterfugit, aut contumaciter ſe abſentat) per vos fuerit innodatus, quum per annum animo ſuſtineat pertinaci, ex tunc veluti hæreticus condemnetur.*

14 Hæc autem intelliguntur, cũ conditio perſonæ, vel cauſæ non ſinit eſſe locum quæſtioni, ei enim, ſi locus eſt, ad eam deueniendum erit, *l. milites, §. oportet, C. de quæſt. l. vnius, §. reus, eod. tit.*

15 Ex his, quæ hucuſque deduximus, eorum opinio manifeſtè corruit, qui docent ſententiam ex præſumptiua probatione latam in rem iudicatam non tranſire, ita vt poſſit quandoque retractari, ſi rei veritas detegatur, quos refert, & ſequitur Menoch. *lib. 1. præſumpt. q. 95.* cum enim vera, ac propria probatio ſit, ac admittatur etiam in cauſis capitalibus, non licet eximere ex verbis legum de tranſitu ſententiarum in rem iudicatam agẽtium, eas ſententias, quæ ex præſumptionibus latæ fuerunt, niſi legis alicuius, aut vrgentis rationis auctoritate, ergo non ſunt audiendi aduerſæ partis aſſertores, quia nihil tale adferrunt.

16 Quod enim dicunt iudicem decipi poſſe a præſumptione, ideò non vrget, quia idem in teſtibus, ac inſtrumentis accidere poteſt. *vide Auth. de teſtibus, in principio.*

Secundò aiunt in claris non eſſe opus coniecturis, ergo poſtquam de veritate conſtiterit coniecturæ ſunt negligendæ.

Reſpondeo rem iudicatam pro veritate haberi, *l. res iudicata, ff. de reg. iur.* & ideò is cui fauet ſententia lata ex præſumptionibus, cum dicit ab ea, vel non fuiſſe appellatum, vel non licere appellare, non innititur veriſimili, ſed veritati quam publica auctoritas in dubium reuocari non ſinit.

17 Vtque vis huius reſponſionis appareat, ponamus ex inſtrumentis, vel ex teſtibus latam fuiſſe ſententiam, a qua non fuit appellatum, ſi deindè conſtiterit iudicem errauiſſe in intellectu eorum, quæ in inſtrumentis, vel dictis teſtium cõtinentur, poterit ne res iudicata in dubium reuocari? vtique non poterit, cur ita, cum veritas veriſimili præferratur? nulla alia certè de cauſa, quam quia is, qui rem iudicatam allegat, veritatem habere pro ſe dicitur non veriſimile.

18 Tertiò, pro eadem opinione adfertur titulus *C. ſi ex falſ. inſtr.* vbi habetur poſſe reſcindi ſententiã latam ex falſis teſtibus, vel ex inſtrumentis falſis, exceptione rei iudicatæ non refragante.

Nihil eſt, nam toto cęlo diſtat hæc res a quæſtione noſtra, quando enim apparet partem per falſos teſtes, vel per inſtrumenta falſa extorſiſſe ſententiam, vtique abſurdum eſſet eum non poſſe cogi reddere id, quod peſſimo exemplo ſurripuit, & ideò debuit omninò conſtitui, ne res iudicata ab eo poſſet allegari.

19 Cum verò iudex in æſtimandis coniecturis deceptus fuit, vel cum res ipſa iudicem decepit, res aliter ſe ſe habet, quia non eſt idonea ratio rei iudicatæ impugnandæ iudicem errauiſſe, ſi enim hæc allegatio admitteretur, nullus eſſet litium finis.

20 Poſtremò adfertur tex. *in l. ſi qui 34. C. de adult.* vbi ex ſuperuenientibus indicijs condemnantur illi, qui ex probatione præſumptiua fuerant abſoluti,

ti, fuerant inquam absoluti, vt indicant illa verba, *si qui adulterij fuerint accusati, & obtentu proximitatis intentata depulerint*. Respondeo ex particulari constitutione hoc factum fuisse, non autem ex regulis iuris, vt indicant illa verba, *Iussimus in eosdem seuerissimè vindicari*, & ideò non licet idem facere in casibus, in quibus constitutio non extat.

21 An autem præsumptiua probatio obliget in foro conscientiæ tractant etiam nostri DD. & post eos Menoch.*lib.1.præsumpt.q.*80.

Ego duos distinguo casus. Primus est, cum is, aduersum quem vrget præsumptio, habet notitiā veritatis. Secundus cum rei veritatem ignorat.

22 Cum rei veritatem ignorat, puto ex probatione præsumptiua eum in foro conscientiæ obligari, hæc enim est via, ac ratio, moraliter loquendo, idonea ad veritatem detegendam, cui propterea debet parere, etiamsi certior, & clarior probatio desit; satis est enim aliquem moraliter scire id, ex quo eius obligatio pendet, etiamsi phisicè loquendo de veritate incertus sit, quia si phisica, hoc est certa, & infallibilis scientia, desideraretur, omnia incerta essent, cum hæc notitia rarò habeatur, qua de causa testibus, ac instrumentis, licet nos decipere valeant, etiam in foro poli parere debemus.

Incertum autem veritatis eum esse aio, qui non habet rei gestæ notitiam claram, vel quæ sufficiat ad diluendam præsumptiuē probationis vim.

23 Cum verò quis rei veritatē non ignorat, resque ad iudicem non fuit deducta, præsumptioni parere non tenetur, (circumscripto scandalo) quia in claris non est coniecturis locus.

Quod si res deducta fuerit in iudicium, distinguere oportet, aut reus habet spem probabilem detegendi veritatem, aut non habet; si spem non habeat, quia nō suppetit ei ratio præsumptionis diluendæ, non debet diù litem prosequi, quia hoc esset fatigare iudicem, & actorem sine causa, cum iactura etiam quandoque existimationis non bene enim audiunt homines, qui prosequuntur lites eui denter, quod ad id quod apparet, calumniosas.

24 Si verò spem probabilem habeat veritatis detegendæ, poterit eousque litem prosequi, quousque spes durauerit, quod maximè locum habebit, cum reus scit actorem rei veritatem non ignorare, iustè enim sperat eum peccatum agniturum esse, ne iacturam salutis faciat.

25 Quod si sententiam in rem trāsierit iudicatam, quam ex falsa præsumptione reus latam esse certò scit, quid erit agendum? si timor scandali nō adsit, poterit expectare, vt actor rem iudicatā executioni mandari postulet, hoc autem, eo postulante, rei iudicatæ parendum erit, lex enim eam pro veritate haberi mandat *l.res iudicata, ff.de reg. iur.* & quia scandalum magnum is dat, qui cum cōmode potsit rei iudicatæ satisfacere, illam adimplere recusat, & ex his intelligimus quomodo sit accipiendū id, quod vulgò iactari solet leges ciuiles in præsumptione fundatas non ligare in foro conscientiæ; id enim intelligi debet secundum prædictam distinctionem, de qua re, si plura scire desideras, consule Io.de Salas, & DD. ab eo allegatos *in tract.de legibus*, & Franciscum Suarez *in eodem tractatu*.

De præsumptionum diuisione in præsumptiones hominis, iuris, & iuris, & de iure. Cap. XLI.

1 Egimus de præsumptione quatenus significat genus probationis, quod per cōiecturas conficitur, nunc agendū est de præsumptione quatenus significat coniecturas, quibus in particularibus negotijs vtimur ad veritatem inueniendam.

Hoc autem sensu *præsumptio est coniectura ex circunstantijs negotij secundum id, quod verisimile est de ducta ad veritatem ambigui facti ostendendam*.

Coniecturam ideò eam appello, quia, cum in obscuris deficientibus proximis, & immediatis probationibus veritatē inquirimus, ad coniecturas cō

2 fugimus, eam autem ex circunstantijs negotij deduci dixi, quia si intrinsecus probatio oritur, nō est præsumptiua probatio, sed potissima ipsius rei demonstratio, veluti, cum ex risu hominem, ex sensu vitam, ex hinnitu equum, vt cætera prætereā, deducimus.

3 Dirigi dixi ex verisimili coniecturas, quia, cum veritatem inquirimus in rebus obscuris, ad verisimile confugimus, *l.in obscuris, ff.de reg.iur.*

Præsumptio autem hoc sensu accepta diuiditur a DD. in præsumptionem hominis, iuris, & iuris, & de iure, quæ diuisio quò ad nomen pertinet, facilè impugnatur, quò ad rem autem rectissimè cōfecta est, & ideò eam retinendam esse existimo, quia termini vsitati, cum res patitur, non sunt innouandi.

4 Præsumptio hominis appellatura nostris illa, quę a lege spetialiter non fuit approbata, dicitur que præsumptio hominis, quia merum hominis inuentum est, cum iuris auctoritatem non habent; non habeat inquam auctoritatem spetialem, nam præsumptio huiusmodi regulis iuris cōuenit, quatenus ex verisimili, quod lex nos sequi iubet, *l.in obscuris, de reg.iur.* deducta est, & per cōsequens, simpliciter loquendo, iuris auctoritate, non est destituta, atque ita alij etiam rem hanc intelligunt, vt constat ex Menoch.*lib.1.de præsumpt. q.5. a nu.1. & a num.17.*

5 Iuris præsumptio a nostris illa appellatur, q̄ in indiuiduo a lege fuit approbata. In negotijs obscuris, vt lites tollātur, solent legislatores, cū possunt, determinare q̄d in illis exponēdis verius in dubio censendum sit, id autem facere possunt, cum regulariter, & plerumque altera pars verior est, *iuxta d. l.in obscuris*, quò trahi potest regula *l. nam ad ea, ff.de legib.* si enim incertum esset, quid plerumque verius esset, non liceret legislatori pronunciare, quid in dubio verius sit censendum, quia nulla adest ratio, cur hanc partem potius, quam illā eligat, exemplum, vt alia prætermittam, elegantissimum sumi potest *ex l.filium habeo, ff.de his, qui sunt sui, vel alie.iur.*

6 Si potestatem præsumptionis iuris consideramus, partim ascribenda est naturæ rei, de qua agitur, partim legislatori, cum enim natura rerum obscurarum hæc sit, vt in dubio verior estimetur ea pars, quæ plerunque vera est, vtique vis præsumptionis iuris, hinc originem habet, licet legis approbatione augumentum acceperit.

Si

7 Si verò eſſentiã præſumptionis huiuſmodi perpendamus, dicendum eſt eam eſſe quid facti, cum eſſentialiter nihil aliud ſit, quam ratiocinatio hominis prudentis de veritate ambiguè facti, in quo altera pars plerumque vera eſt, differentis.

8 De præſumptione iuris, & de iure nunc differamus, eam DD. appellant iuris, & de iure, quæ ita a lege fuit approbata, vt ipſam omninò iudex ſequi debeat, quia probationem contra ſe non admittit. vide Menoch. *lib. 1. de præſumpt. q. 3. & q. 60.*

Incidunt aliquando tempora vel negotia, vt hominum malitiæ occurri non poſſit, niſi tribuendo eam vim præſumptioni, vt contra eam probatio non admittatur, quo caſu lex, non præfert veriſimile veritati, ſed ſolum aufert facultatẽ probandi id, qđ allegat is, de cuius dolo, ac malitia timet, neque enim vnquam veritas veriſimili poſtponi poteſt.

9 Rectiſſimè autem diſtinguit noſtri præſumptionem iuris, a præſumptione iuris, & de iure, quia maxima hæc eſt differentia, alteram probationem contra ſe admittere, alteram verò nequaquam; non eſt tamen ſatis hæc differentia, vt veluti diuerſæ ſpeties ponantur, ſicut non eſt ſatis approbatio præſumptionis facta a lege, vt veluti ſpeties diſtinguuntur præſumptio hominis, & legis.

10 Probatio, vt rem clarius exponam, eſſentialiter eſt veritatis obſcuræ demonſtratio, hic enim eſt finis probationis proprius, itaque probationum ſpeties aliter nequeunt diſtingui, quam ex diuerſitate modi, quo latentem veritatem oſtendunt, atque ita diſtinguitur probatio, quæ per teſtes fit ab ea, quæ ex inſtrumentis, ex euidentia facti, & ex confeſſione partis elicitur.

11 Itaque non debent præſumptiones diſtingui inter ſe ſpetie, cum eundem probandi modum retineãt, per id ſcilicet, quod veriſimile eſt, neque enim nocet eas eiuſdem non eſſe potentiæ, quia hoc non eſt ſatis ad diuerſificãdas ſpeties probationis, alias probatio, quæ elicitur, ex teſtibus omni exceptione maioribus, differret ſpetie ab ea, quæ deducitur ex teſtibus, qui adeò excellenti non ſunt præditi conditione.

12 Vt ergo præſumptio aliqua iuris, & de iure nuncupetur, neceſsè eſt, vt eam iudex omninò ſequi debeat, quia ſi ſecus eſſet, nullo pacto a præſumptione iuris diſtingui poſſet.

An verò opus ſit vt expreſsè lex vetet probationem contrariam admitti, vt præſumptio iuris, & de iure dicatur, tractat poſt alios Menoch. *lib. 1. præſumpt. q. 3. a num. 19. & q. 60.* Ego puto ſatis eſſe de mente legislatoris conſtare, dummodò clarè, & apertè de ea conſtiterit, cum enim non debeat legislator aufferre facultatem probandi per teſtes, aut inſtrumenta, niſi ex magna cauſa id enim prædurum eſſet, vtique nunquam prudens legislator introducere per coniecturas, aut ſubauditos intellectus ſimilem diſpoſitionem, tentabit, & per conſequens non eſt admittendum id fuiſſe introductum, niſi euidens legislatoris mens ſit.

13 Non rectè itaque multi, quos recenſet, & ſequitur Menoch. *d. lib. 1. q. 95. num.* 15. aiunt præſumptionem iuris, & de iure contineri *in l. ſi qui 24. de adult.* quia licet dicatur ibi reus ex huiuſmodi præſumptione fuiſſe conuictos, nõ tamen ſequitur aduerſus eam probationem non admitti, quia etiam *in l. fin. C. de prob.* habetur in cauſis capitalibus eas ſolum probationes admitti, quæ reum conuincere poſſint, & tamen conſtat aduerſus eas probationem admitti.

14 Non rectè etiam idem Menoch. *d. l. 1. q. 60. nu. 2. & q. ſeq. num. 2.* ait præſumptionem, de qua *in l. fin. C. arbitr. tutel.* eſſe iuris, & de iure, quod etiam alij docuerunt, quia nulla ibi cauſa aderat, cur probatio cõtraria reijceretur, nec vllum iudicium adeſt, quod fuerit reiecta.

15 Eiuſdem farinæ eſt præſumptio, de qua *in l. fin. C. ad S.C. Maced.* quam iuris, & de iure eſſe poſt alios ſcribit Menoch. *d. lib. 1. q. 60. num.* . . quia nec cauſa aderat, nec indicium adeſt fuiſſe reiectã contrariam probationem, atque ita etiam ſenſit idem Menoch. *lib. 3. præſumpt. 68. num. 11. & 12.*

16 Præſumptio igitur iuris, & de iure eſt coniectura, ex veriſimili deducta ad veritatem ambigui facti oſtendendam vim habens neceſſariam, malè ergo Menoch. *d. lib. 1. q. 3. num. 16. & q. 7. num. 1.* cum Baldo dixit, præſumptionem iuris, & de iure eſſe ſtatum a iure promulgatum ex indubia coniectura, ſtatus eñ controuerſiæ per præſumptionẽ introducitur, quia per ipſam res clara efficitur, & per conſequens ſtatus controuerſiæ differt a præſumptione, ſicut effectus a ſua cauſa.

17 Ex eadem ratione redarguitur opinio Bald. & Curt. iun. de quibus Menoch. *d. q. 3. num.* 15. cum aiunt præſumptionem iuris, & de iure eſſe applicationem legislatoris ad veriſimile confirmatam ſanctione; præſumptio enim hæc ducit nos ad veriſimile, & proindè applicatio animi ad veriſimile eſt effectus præſumptionis.

18 Corruit etiam ex dictis diffinitio Alciat. *in præludio ſecundo tertiæ part. de præſumpt. num. 3.* dum dixit, præſumptio iuris, & de iure eſt diſpoſitio legis aliquid præſumentis, & ſuper præſumpto, tanquam ſibi comperto ſtatuentis, nam longè differt præſumptio, quam lex approbat, a diſpoſitione legis eam approbantis, omnis enim præſumptio prudentum hominum inuentum eſt, vt probaui nu. 7.

Ex his etiam intelligimus, quid differt præſumptio iuris, & de iure a fictione, quã rem tractat Menoch. *de præſumpt. lib. 1. q. 8.* poſt interpretes *in l. ſi is qui pro emptore, ff. de vſucap.*

Aduerſus præſumptionem iuris, & de iure an admittatur probatio per confeſſionem partis, vel per quinque teſtes. Cap. XLII.

1 PRæſumptionem iuris, & de iure eam eſſe diximus, quam iudex omninò ſequi debet, cum aduerſus eam probatio non admittatur. An indiſtinctè hoc verum ſit videamus. Multi exiſtimant hoc non habere locum in ea probatione, quæ ex confeſſione partis deducitur, quos refert, & ſequitur Menoch. *lib. 1. de præſumpt. quæſt. 61.* & alij paſſim.

2 An hæc vera ſint videamus, ſi verſemur in negotio, quod pars aduerſa optimè calleat, & nulla fraudis ſuſpicio adſit magna vtique æquitatis ratio vrget, quia nimis durum videtur iudicem eam præſumptionem ſequi, aduerſus quã indubitatum extat

tat testimonium, indubitatũ inquam, quia agimus de confessione clara, & data opera facta, & ideò tẽperanda sunt ex æquo, & bono verba legis vetantis contra præsumptionem probationem admitti.

3 Non erit itaque dãnandus iudex, si id tentauerit facere propria auctoritate, quasi legislator sermone generali noluerit hunc casum comprehendere. Quod si verba legis vniuersalia sint, vel ita concepta, vt appareat eum de omni genere probationis cogitasse, abstineat, quia absurdum est velle eximere ex lege confessionem partis, quam legis verba vi sua apertè continent, & rem deferat ad Principem si offendi æquitatem existimauerit, *iuxta l. 1. C. de legibus*.

4 Respondeamus nunc ad argumenta eorum, qui indistinctè docent dilui vim huius præsumptionis per confessionem partis, quorum primum est hoc. Confessio non est probatio, sed releuatio ab onere probandi, *l. eum qui, ff. de iure iur.* ergo non continetur in dispositione legis de probatione loquentis. Respondeo auctorẽ legis rem, non nuda nomina respexisse, eius enim mens est vim necessariam præsumptioni tribuere, quod nulla ratione fieri potest, nisi vetando vim eius infirmari, per ea media, quibus alias infirmaretur, & per consequens etiam voluit continere confessionem partis, etiamsi confessio non sit propriè probatio, quia ipsa ex illis est, quæ huiusmodi præsumptionem valet infirmare, quæ responsio eo facilius recipienda est, quia confessio, si acutè rem consideremus, verè, & propriè probatio est, cum enim substantia probationis in demonstranda re ambigua consistat, hic enim est proprius probationis finis, vtique confessio partis verè, & propriè probatio erit, quia per ipsam rei ambiguæ demonstratio fit æquè bene, ac fiat per alias probationis species.

5 Ad id quod dicitur confessionem exonerare aduersarium ab onere probandi, respondeo non indè sequi, ergo ipsa non est probatio verè, & propriè, immò cõtrarium sequitur, ideò enim exonerat aduersarium ab hoc onere, quia per ipsam id probatur, quod ab eo probandum erat.

6 Secundum argumentum est hoc. Præsumptio ponit nobis ante oculos verisimile, confessio verò rei veritatem ostendit, igitur confessio diluit vim præsumptionis iuris, & de iure, quia vbi constat de vero, verisimile negligitur.

7 Respõdeo de veritate constare posse dupliciter, naturaliter, & moraliter; de veritate modo naturali constat, cum per sensum corporeũ eam cognoscimus; moraliter aũt eã cognoscimus, quoties nobis ostenditur per aliqua media, quæ moraliter idonea sunt ad eam ostendendam, veluti per testes, per instrumenta, per confessionem partis, hæc enim, licet nobis naturaliter veritatem non ostendant, moraliter tamen id faciunt, quia moribus hominum receptum est hæc esse ad veritatem ostendendam idonea media.

8 Cum de veritate constat naturaliter ipsam nunquam possumus postponere verisimili, quia veritas, cum per se bona sit, semper est appetenda, cum verò de ea constat moraliter, ipsam legislator ex causa reijcere potest, quia media, quæ moraliter ostendunt veritatem, nos decipere possunt.

9 Dico igitur de veritate in re nostra constare moraliter, & ideò eam posse sperni a legislatore, immò dico de veritate non constare vllo modo, sicut enim testes, & instrumenta aduersus eam non probant; ita confessio partis non probabit, neque enim dubitandum est posse ex causa denegari fidem confessioni partis, quæ alias sufficiens esset ad probandum.

10 Retenta tamen communi opinione, videamus, an satis sit de confessione partis per duos testes cõstare, quod post alios affirmat Menoch. *de præsumption. lib. 1. q. 61. num. 15. in fine vers. contrarium, & nume. 16.* Contrarium tamen tenet Alciar. *de præsumpt. in prælud. par. 2. num. 5.* cui assentior, quia causa propter quam lex vetat vim huius præsumptionis dilui per testes, hoc casu viget, quoniam testes falsi, æquè facilè dicturi sunt, se id ex ore partis audiuisse. *vide l. testium, in princip. de testib. & Auth. de testib. in princip.* facillimeque fieret fraus legi, si hæc opinio retinetur, & ideò eam iudex reijcere debet.

11 His accedit, quod ratio propter quam DD. aiunt non contineri in lege, de qua agimus confessionem partis, nullatenus applicatur cõfessioni, de qua per duos testes constat, indubitata enim illa fides, quam partis confessio introducit, ad duorum testium fidem tunc redigitur, quia de ipsa nihil aliud scimus, quam id quod testes dicunt, sicut ergo in alijs causis fides duorum testium negligitur, ita in confessione probanda erit negligenda, quia nulla ratio idonea differentiæ adferri potest, semper enim res ad id redigitur, quod noluit legislator præsumptionem hanc postponi duorũ hominium testimonio.

12 Si tamen opinio Menochij, cuius argumenta ex dictis sublata sunt, tibi placet, caue ne putes satis esse ad confessionem hanc probandam testes, qui fortuitò ibi fuerint, necessarium enim est, eos fuisse rogatos, vt confessioni intersint, per tex. *in Auth. de testib. §. & licet.*

13 Nunc explicemus, an aduersus præsumptionem iuris, & de iure quinque testes sufficiant, eosque sufficere multi docent, quos refert, & sequitur Menoch. *de præsumptione lib. 1. q. 63.* qui insuper quæst. sequenti idem esse docet, cum adsunt duo, vel tres testes, qui multum legales sint, ac probi.

14 Qui aiunt vim præsumptionis iuris, & de iure dilui per quinque testes, vtũtur auctoritate *l. generaliter, C. de non nu. pec. iuncta l. ad testium, C. de testib.* hoc modo ratiocinando, dr̃ *in d. l. generaliter*, præsumptionem iuris, & de iure esse, habuisse pecuniã eum qui confessus fuit se illam habuisse, & tamen per quinque testes contrarium probatur, ergo aduersus prę̃sumptionẽ iuris, & de iure satis est probatio per quinque testes.

15 Hæc ratiocinatio in multis peccat, & primò, quia falsum est *in d. l. generaliter* agi de præsumptione iuris, & de iure, cum ibi agatur de probatione, quæ ex partis confessione oritur, & quæ admittit probationem in contrarium, *vt in vers. nisi certè.*

Secundò falsum est *in d. l. testium* dici, licere per quinque testes probari posse pecuniam non fuisse numeratam, quia eo loci solum agitur de probatione solutionis factæ, cũ enim longe facilius id probetur,

tur, quàm fiat, pecuniam non fuiſſe numeratam, breuiſſimo enim tempore actus ſolutionis expeditur, peſſima argumentatio eſt, ſolutio pecuniæ per quinque teſtes poterit probari, ergo eodem modo probatur pecuniam non fuiſſe numeratam, neque enim licet a minori arguere ad maius affirmatiuè.

16 Tertiò in eo peccat hæc ratiocinatio, quòd hãc legem in conſequentiam trahit, cum enim omnes admittant probationem, quæ per teſtes fit, non admitti aduerſus præſumptionem iuris, & de iure, vtique particulari lege opus eſt, vt admittatur probatio ex quinque teſtibus deducta; non licet igitur nobis legem indiſtinctè reijcientem fidem teſtium aduerſus præſumptionem iuris, & de iure deponentium, ſic exponere, ne quinque teſtes cenſeantur excluſi, quia verba legis id non patiuntur, id enim quod fuit aduerſus regulas iuris diſpoſitum in aliquo caſu particulari, non eſt licitum trahere in cõſequentias, *l. quod verò, ff. de legibus.*

17 Concludo igitur indiſtinctè verum eſſe, teſtes non admitti aduerſus præſumptionem iuris, & de iure, cum indiſtinctè lex prohibeat vim huius præſumptionis per teſtes dilui.

Si tamen contraria opinio tibi placuerit, ne putes omnes teſtes ſufficere, debent enim eius eſſe qualitatis, quam requirit tex. *d. l. teſtium*, ex qua contraria opioio deducitur, & ideò neceſſe eſt, vt ſint ſummæ atque integræ opinionis, tales enim in d. l. requiruntur, quæ qualitates erunt probandæ, cum perpauci ſint homines, qui huius conditionis ſint; debent etiam eſſe rogati, *vt in Authen. rogati*, quæ immediatè ſequitur, ideſt quod non fortuito aduenerint, ſed quod fueriot rogati, vt interſint, iuxta *§. licet, Auth. de teſtib.*

18 Si eandem opinionem retinueris, ne aſſentiaris Menoch. *d. lib. 1. quæſt. 64.* qui ait, immò per duos teſtes, qui multum legales ſint, ac probi poſſe deſtrui præſumptionem iuris, & de iure, quia hæc opinio eſt contra mentem DD. docentium præſumptionem iuris, & de iure infringi per quinque teſtes, iuxta diſpoſitionem *d. l. teſtium*, cum enim in ca admittantur teſtes, qui ſint ſummæ atque integrę opinionis, dũmodò ſint quinque, vtique repellũtur duo teſtes, qui ſunt valdè legales, atque probi, quia qui dicit hominem integræ, idest illibatæ opinionis, notat hominem nulla macula aſperſum, & qui dicit hominem ſummæ opinionis, dicit hominem, qui valdè probus exiſtimatur.

19 Fundamentum Menoch. in eorum opinione conſiſtit, qui docent legem reijcientem probationem, quæ non ſit per ſcripturam, aut confeſſionẽ partis, nõ reijcere probationem, quæ ſit per teſtes, qui multum legales ſunt, ac probi; hinc enim ille colligit legem vetantem aduerſus præſumptionẽ probationem admitti huius generis teſtes non continere.

20 Reſpondeo ad probandum eos tantum teſtes admitti, quorum vita moderata eſt, atque inculpabilis, *vt in Auth. de teſtibus, §. 1.* Itaque dum lex reijcit probationem, quæ per teſtes fit, intelligit de teſtibus, qui alias idonei eſſent ad probãdum, quia opus non erat teſtimonium eorum, quorum fides ſuſpecta eſt, particulari lege infirmare, eſt igitur intelligenda hæc lex probationem per teſtes reijciẽs, de teſtibus, quorum vita inculpabilis eſt, & per cõſequens doctrina ex aduerſo allegata intelligi debet eo caſu, quo cum aliquo adiuncto lex probationem per teſtes fieri prohibet, aliàs euidenter falſa erit.

21 Si tamen opinionem Menochij, aduerſus quam multa alia afferre poſſem, ſequaris, aduertè, quòd, cum teſtes, qui ad probandum regulariter admittuntur, debeant eſſe vitæ moderatæ, vtique debẽt hi, de quibus agimus multum excedere hanc conditionem, quod probandum erit, quia, cũ perpauci huiuſmodi ſint bonitatis, non licet nobis pro teſte allegare regulam, quod quilibet præſumitur bonus, bonitas enim illa ordinaria non eſt ſatis in teſte, de quo tractamus.

It ex cuius pecunia res conſeruata, refecta, aut empta fuit, quatenus anterioribus creditoribus præferatur, ad l. interdum, ff. qui pot. in pignore hab. ad l. licet, C. eo. tit. Cap. XLIII.

1 AN is, ex cuius pecunia res cõſeruata, refecta, vel empta fuit præferatur anterioribus creditoribus, vtilis indagatio eſt.

Quod ſi agatur aduerſus creditores non habentes hypothecam, eum, qui mutuauit in refectione rei, priuilegium habere exploratum eſt, *l. creditor 25. ff. ſi cert. pet. l. 1. ff. de ceſſ. bon. l. 8. ff. de priuil. credit.* quod ius deindè tractum fuit ad ſocium, qui ex pecunijs proprijs rem communem, alijs ceſſantibus, reſtituit, *l. cum duobus, aliàs l. ſi fratres, §. idem reſpondit il ſecondo, ff. pro ſoc.* Eodem iure etiam vtitur is, qui ei, qui rem reficiendam conduxit, mandante domino pecuniam ſubminiſtrauit, *d. l. ſi ventri 8. ff. de priuil. credit.*

2 Idem eſt in eo, qui rei conſeruandæ gratia, aut etiam emendæ crediderit, *l. qui in nauem 10. & l. quod quis 18. ff. de priuil. credit. l. interdum 5. & l. ſeq. ff. qui potior. in pignor. hab.* Scribit autem Accurſ. oportere, vt in hanc cauſam nominatim pecuniam dederit *in l. quod quis 18. prope finem primæ gloſſ. ff. de priuil. credit. in l. licet, C. qui pot. in pign. in l. procuratoris, §. planè, de tribut.* & in his locis DD. Bart. *in l. interdum, num. 5. ff. qui pot.* & alij paſſim, & iure meritò, quia omnes iuris noſtri loci, qui de hoc priuilegio tractant de eo loquantur, qui

3 ſpetialiter pecuniam credidit in emptionem, conſeruationẽ, vel reſtitutionẽ rei, vt ex locis ſuprà allegatis facilè intelligi poteſt. Ad idem pertinet *l. 1. ff. in quib. cauſ. pig. tacitè contr. in l. licet, C. qui pot. in §. his conſequens, Authen. de æqualit. doc.* Neque enim nobis licet in priuilegijs procedere de caſu ad caſum, *l. quod contra, ff. de leg. l. 1. de conſt. Princ.* Maximè, quia non eadem ratio æquitatis militare videtur in vtraque ſpetie, is enim qui ſpetialiter pecuniam in alteram ex his cauſis dedit, iuſtè allegare poteſt facto ſuo in bonis debitoris rem eſſe, quia ipſe pecunijs ſuis eam reſtitui, conſeruari, vel emi curauit. Quo reſpexiſſe videtur Iuſtin. *in §. his conſequens, Auth. de æqual. dot.* dum de hac re tractans inquit.

Quale eſt, quando aliquis proprijs pecunijs procurauerit nauem comparare, aut fabricare, aut reparare, aut domum forſan ædificare, aut emi agrum.

Neque

Neque enim hoc allegate possunt illi, qui simpliciter pecuniam tradiderunt, quia liberè eam crediderunt.

4 Eandem sententiam plurimum adiuuat tex. *in d. §. consequens, propè finem, Auth. de æqualit. dot.* vbi tractans de illis, qui aliorum militant pecunijs, clarè docet eos, quorum pecunijs militia fuit empta, ita demum præferri cæteris creditoribus, si in hanc causam spetialiter pecuniam dederint, dum ait.

Quia verò, & huiusmodi quædam additiones nobis factæ sunt, eo, quòd quidam aliorum militiās pecunijs, & oportet eos, qui in hac crediderunt causas præponi.

Id ipsum habetur *in Auth. de exhiben. reis, §. optimum, vers. propterea igitur*, ex hac enim re fortissimum pro hac sententia argumentum colligitur in hunc modum.

Eum, cuius pecunijs militia fuit comparata, maioribus lex prosequitur priuilegijs, quam faciat eū, cuius pecunia aliæ res emptæ, restitutæ, aut conseruatæ fuerunt, *§ his consequens, Auth. de æqualit. dot.* Ergo inuerisimile est his fuisse cōcessum, quod illi fuit denegatum; ergo inuerisimile est, hos habere priuilegium, quando spetialiter in has causas nō dederunt pecuniam, cum hoc casu ille priuilegium non habeat.

5 Quòd si agatur de eo, ex cuius pecunijs res empta fuit, nulla potest esse dubitatio, quia, cum non habere priuilegium, nisi nominatim in hanc causam pecuniam crediderit, exploratum est, *l. procuratoris, §. planè, ff. de trib. act. l. quamuis 12. C. de pignor.*

6 Alterum priuilegium eorum, qui mutuarunt in in emptionem conseruationem, aut restitutionem rei est, vt eorum hypotheca anterioribus præferatur hypothecis, *l. interdum, & l. seq. ff. qui potior. l. licet, C. eod. §. his consequens, Auth. de æqualit. dot.* Vt autem huius priuilegij vis, ac potestas intelligatur, exponere oportet, quid necesse sit facere, eum, qui vult huiusmodi priuilegium consequi.

7 Qua in re aliqua certa sunt, aliqua verò controuersa. Exploratum est, cum debere spetialiter in hanc causam pecuniam tradere, nisi enim hoc fecerit, eius creditum iure ordinario censetur, vt explicaui, & omnes mox allegati supponunt.

Controuersum verò est, an sit necesse spetialiter conuenire, vt habeat rem obligatam, aliqui enim negant hoc necessarium esse, putantes satis esse, vt nominatim fuerit pecunia credita in emptionem, conseruationem, vel restitutionem rei, cuius sententiæ auctores fuerunt glos. & Bart. *in l. 1. ff. in quib. caus. pig. tac. contr.* gloss. magna *in l. interdum, ff. qui pot.* gloss. *in d. §. his consequens, verbo agrum.* alios recenset Io. Gutierez *lib. 3. pract. qq. quæst. 98. num. 1.* Petr. Barbos. *in l. si cum dotem, §. fin. num. 35. ff. sol. matr.*

8 Alij verò contra docent, necesse esse, vt de hypotheca rei conueniat inter partes, quos referunt, & sequuntur Couar. *lib. 1. var. c. 7. nu. 3.* Gutierez *d. q. 98. num. 3. & q. 6. num. 1.* Io. del Castill. *lib. 3. contr. c. 8. a num. 11.* & his assentior.

Cum enim duo sint priuilegia omninò separata, vt ei, qui mutuam pecuniam dat in emptionem, conseruationem, vel restitutionem rei, tacitè censeantur hypothecata bona debitoris, & quod hæc hypotheca prælationis priuilegium habeat, non potest de vno ad aliud inferri, & proindè ad probandum ambo competere, non est satis ostendere, alterum eorum fuisse concessum, sed necesse est docere vtrumque datum fuisse, itaque cum iura, de hac re loquentia agant solum de priuilegio prælationis, malè indè colligitur competere etiam beneficium tacitæ hypothecæ.

9 Agunt inquam omnes textus de prælationis priuilegio, nam tex. *in §. his consequens, Auth. de æqual. dot.* cui potissimum pars altera innititur, veteris iuris decisionem recenset circa priuilegium hypothecarum, de quibus agimus, quærendo, an beneficium prælationis aduersum dotem possit exerceri, & proindè non potest indè colligi aliqua iuris dispositio noua, quia nimis distat ab officio legislatoris, & ab instituto Iustiniani ius nouum introducere obiter, & aliud agendo.

10 Nec aduersarijs suffragatur textum tractare de hypotheca eorum, qui mutuauerunt in emptionem, conseruationem, vel restitutionem rei, nulla facta mentione conuentionis inter partes, vt sit res obligata, quia vulgaris est iuris regula, cum de vno tractamus, in cæteris nos supponere terminos habiles.

Et ideò rectissimè dicimus, Iustinianum, qui nō tractabat de modo, quo hypotheca introducitur ad fauorem eius, qui in has causas credidit, sed de prælatione huiusmodi hypothecarum, supponere eam fuisse introductam modis consuetis, & proindè rectè dicimus, nihil ex hoc tex. elici posse, ad probandum tacitè has hypothecas contrahi.

11 Aduersus eandem sententiā plurimum vrget tex. *in l. licet, C. qui potior.* hunc enim textum, Iustinianum aliud agendo corrigere voluisse, bona venia dixerim, ineptum nimis est, prout etiam est affirmare, hoc particulariter habere locum in mutuante in emptionem, quia hi casus coniunguntur *in d. §. his consequens*, & eadem ratio vrget, nec contrariæ sententiæ suffragatur *l. 1. ff. in quib. caus. pig. tac. contr.* quia dū loquitur de pignore dato, potest æquè commodè de cōuentionali intelligi, nec obstat legem tunc non pertinere ad materiam tituli, quia quòad eum, qui redemptori insulæ pecuniā numerauit, est tacita hypotheca.

12 Nostræ autem opinioni præterea fauet *l. interdum, ff. qui pot.* vbi de nostra re agens exemplum ponit I. C. in eo, qui per cōuentionem rem sibi obligari voluit.

Necessarium est ergo, vt partes conueniant, vt res sit obligata ei, qui tradidit pecuniam, an verò sit necesse spetialiter rem huiusmodi fuisse obligatam, vel sufficiat bona generaliter, vt fieri solet, fuisse hypothecata videamus. Spetialem hypothecam necessariam esse docet Bart. *in l. licet, C. qui potior.* Io. del Castill. *d. c. 8. nu. 19.* cui plurimum fauet *d. l. licet.*

13 Contra autem sentit gloss. *in d. l. licet.*

Pro qua sententia vrget tex. *in d. §. his consequens*, dum tractans de prælatione hypothecarum, quas habent illi, qui in emptione, restitutionem, ve conseruationem rei crediderunt, nulla facta distinctione quomodo contracta fuerit, supponit prælationis

tionis beneficium eos habere. Si enim non omnes haberent hoc priuilegium, cur Iuſtinianus indiſtinctè agit de hypothecis ex hac cauſa cōpetentibus?

14 Fauet etiam huic opinioni ratio, quia hæc prælatio datur, quia eorum pecunia res cōſeruata fuerit, *l.huius, ff.qui pot. d. §. his conſequenr*, vtroque enim caſu militat huiuſmodi ratio.

Fauet etiam, quod ratio diuerſitatis allegari nō poteſt, cum generalis hypotheca expreſſa ſit, & plus valeat, quam ſpetialis.

15 Adiuuat hanc ſententiam *l.interdum 5.ff.qui potiores*, dum ex profeſſo de hac re agens inquit. *Interdum poſterior creditor potior eſt priore, vt puta ſi in rem iſtam conſeruandam impenſum eſt, quod ſequens credidit, veluti ſi nauis fuit obligata, & ad armandam etiam, vel reficiendam ego credidero.* Si enim referret, an res ſpetialiter, vel generaliter fuiſſet obligata, cur indiſtinctè loquitur I.C.?

16 Maneat ergo hæc ſententia, cui non obſtat tex. *in d.l.licet*, nam aduertendum eſt, hoc eſſe reſcriptū redditum cuidam Iuliano, & proindè, dum ait, prælationem competere, quia ſpetialiter fuit res obligata, non ita loquitur, quia quaſi ſecus ſit, ſi nō ſit ſpetialis obligatio, ſed quia ita ibi accidit.

17 Satis ergo eſt, vt res fuerit obligata, non tamen ſatis eſt, ſi ex interuallo huiuſmodi fiat obligatio, quia cum ius quæſitum fuerit creditoribus anterioribus, antequam hypotheca ſuperueniat, non potuit deindè per factum debitoris eorum cauſa deterior fieri.

Rē clarius explano, ſtatim atque perfectus fuit contractus inter eum, qui tradidit pecuniam, & eum qui illam accepit, ius creditorum anteriorum, quod poterat per cōuentionem eorum lædi, illibatum permanſit, igitur non poteſt ex poſt facto illorum iuri detrahi, quia tunc non tradit pecuniam, nec aliquid facit, per quod æquum ſit, eum præferri, atque ita ſentiendum eſt, licet alijs quibuſdam aliter viſum fuerit, quos refert, & ſequitur P.Barboſ. *in l.1.in 6.parte, num.t 1.ff.ſol.matr.*

Venditor, qui in re vendita hypothecam ſibi reſeruat, an præferatur creditoribus venditoris, qui priores ſunt tempore. Cap. XLIIII.

1 SI quis vendiderit, habita de pretio fide, reque ſibi pro ſolutione obligata, eam tradiderit, dubitatur, an emptore non exiſtente ſoluendo, præferatur in re vendita creditoribus priorem hypothecam habentibus, in qua dubitatione triplex ſententia eſt.

Alij indiſtinctè affirmant, alij indiſtinctè negāt, alij diſtinguunt inter ſpetialem, & generalem hypothecam: primo caſu pro venditore reſpondent: in ſecundo pro creditoribus anterioribus, conſule Albericum *in l.obligatione generali, num.4. ff. de pignor.* Cepoll. *cautel.* t 24. Iu.Gutierez *allegat.5. & lib.3. practicarum c.5.q.98.num.8.* Felician. a Solis *de cenſib.lib.3.c.5.nu.22.* Parlad. *rerum quotid.lib.1. c.8.* Io. del Caſtil. alios referentem *lib.3. controuerſ. cap.8.num.8. cum ſequentibus.* P.Barboſ. *in l.ſi cum dotem, §. fin.num.34. verſ. inde tamen inferri non poteſt, ff.ſol.matr.*

2 Affirmantis ſententiæ fundamentum in eo conſiſtit, quòd facto venditoris res huiuſmodi in bonis communis debitoris eſt, & ideò æquum eſt, vt is præferatur, ſicut accidit in illis, quorum pecunia res conſeruata, vel empta fuit, *l.interdum, cum l.ſeq. ff.qui potior.§.his conſequens, Auth.de æqual.dotis.*

3 Negantis autem ſententiæ fundamentum conſiſtit in regula iuris, quæ docet in hypothecis eum, qui prior eſt tempore, in iure potiorem eſſe, etiam ſi poſterior ſpetialem habeat hypothecam, *l.2.ff. qui potior.in pignor. habeantur.* nullibi enim ab hac regula caſus, de quo agimus, exceptus repetitur.

4 Diſtinguentium verò opinio deducitur *ex l. licet, C.qui potior.in pignor. habeantur*, dum tractans de eo, cuius pecunia prædium fuit comparatū, ait eum anterioris temporis creditoribus potiorem eſſe, cum ſpetialiter conuenit vt res ſibi hypotheca- ta eſſet, non videtur enim vlla idonea eſſe differentia inter eum, qui rem vendidit, & eum, cuius pecunia empta fuit, vtriuſque enim facto res eſt in bonis debitoris.

5 Negantium ſententia proculdubio veriſſima eſt, ſicut enim oportuit lege ſpetialiter lata concedere prælationis beneficium ei, cuius pecunia res empta, conſeruata, vel reſtituta fuit, vt apertè colligitur ex *§.his conſequent, in princ. Authent.de æqual. dotis, ex l.creditor, ff. ſi certum petatur, ex l.1.ff. de ceſſ. bonorum, ex l.ſi ventri, ff.de priuileg.credit.* ita neceſsè eſt ſpetialiter ſtatui, vt hypotheca, de qua agimus idē priuilegium habeat, quia in priuilegijs non procedimus de ſimilibus ad ſimilia, *l.quod verò, ff. de legib. l.1.de conſtit. Princip.*

6 Nec nocet facto venditoris rem eſſe in bonis debitoris, quia hæc ratio apta quidem eſt ad mouendum legislatorem ad legem edendam in fauorem venditoris, ſed non eſt ſufficiens, vt nos eius auctoritate prælationis beneficium concedamus, quia, ſi per ſe hæc ratio ad prælationem inducendam ſufficeret, ſemper locus eſſet prælationi, vbi illa vigeret, quod tamen falſum eſt, vt patet ex c.antecedenti, vbi num. 2. & 3. cum recepta DD. ſententia oſtendi illis, quorum pecunia res empta conſeruata, vel reſtituta fuit, ita demum hoc beneficium competere, ſi ſpetialiter in hanc cauſam crediderunt, vtroque enim caſu eadem ratio militat.

7 Et hanc reſponſionem non poſſunt in dubium reuocare diſtinguentis opinionis, quæ communis eſt, auctores, ſi enim ex hac ratione argumentari liceret, cur ipſi diſtinguerent inter ſpetialem, & generalem hypothecam, cum vtroque caſu eadem vigeat ratio.

8 Hancque rationem per ſe ſufficientem non eſſe ex eo præterea colligitur, quod beneficium huius prælationis vocatur priuilegium, hoc enim minus rectè fieret, ſi per ſe hæc ratio poſſet id inducere, tunc enim iure communi, & ſecundum regulas iuris competeret, & per conſequens non eſſet priuilegium.

Cum autem tot iuris noſtri locis priuilegij nomine hæc prælatio nuncupetur, ex benignitate legis aduerſus iuris regulas vtique competit, & per conſequens eatenus habebit locum, quatenus cautum reperitur.

9 Et ex his diſſoluitur ſecundæ ſententiæ fundamentum, nam etiam ſi ſtatutū fuerit, eum ex cuius

pecunia

pecunia res empta fuit, si spetialiter res obligata fuerit, anterioribus creditoribus præferri, non tamen sequitur id ad similes casus porrigi posse, quia & hoc priuilegium est, cum illa ratio, quòd eius facto res sit in debitoris dominio, per se non sit ad hoc ius introducendum sufficiens. Neque enim huiusmodi decisio ex eo pendet, quòd spetialiter sibi rem obligari voluerit, quia ad prælationis beneficium introducendum legis auctoritas, non partium conuentio inspicitur.

10 Quæ responsio præterea confirmatur, quia venditor, quò ad rem venditam nullum inter personales creditores priuilegium habet, *l. procuratoris, §. planè, ff. de tribut. action.* Gutierez *lib. 3. cap. 98. num. 6. & 7. & alleg. 5. num. 1.* P. Barbos. *in l. si cum dotem, §. fin. num. 31. & 32. ff. sol. matr.* Lud. Morot. *consl. 54. num. 4.* Io. del Castill. *qui alios refert d. c. 8. num. 9. & 10.* si enim hæc ratio satis est ad introducendum par ius inter eum, qui rem vendidit, & eum, ex cuius pecunia res fuit empta, quò ad hypothecæ prælationem, cur I.C. *in d. §. planè*, putauit hoc nō sufficere ad introducendum priuilegium in actione personali? nulla certè alia ratio adferri potest, quam, quia I.C. putauit ex similitudine rationis non licere prælationis priuilegium deducere, si autem ipse sic putauit, nos aliud sentiemus?

11 Puto igitur venditorem cedere debere prioribus creditoribus etiam si spetialiter rem sibi obligari curauerit, etiam si expresse cauerit, vt ipse cæteria præferatur, quia vis, & potestas hypothecæ non pendet ex conuentione partium, sed ex legis potestate. *vide §. item seruiana, in princ. Inst. de act. & §. his consequens, Auth. de æqual. dot.* necesse erit itaque eum, qui vendit, si periculo vult carere rem suam, vt sibi rei dominium reseruet quousque sibi fuerit de pretio satisfactum, nam transferendo dñium in emptorem, nulla ratio est, per quā possit impedire vim hypothecæ priorum creditorum.

Fideiussio iudicatum solui in prima instantia præstita, an extinguatur si a sententia fuerit prouocatum ad l. penult. ff. iudic. solui. *Cap. XLV.*

1 CVm quis iudicatum solui promisit, an liberetur si fuerit prouocatum a sententia in huiusmodi iudicio lata, tractant nostri *in l. 2. C. de procur. in l. penult. ff. iud. solui*, vbi præcipuè Bart. & alij de quibus Vinc. Franc. *decis. 208. & 310.* Thes. *decis. 202.* D. Fachin. *lib. 8. c. 57.*

Ex his varias facilè est colligere opiniones, quarū nulla mihi plenè satisfacit, & ideò illis prætermissis, breuiter exponam, quid sentire nos debere existimē, quod antequam faciam, meminisse oportet hanc esse quæstionem voluntatis, & ideo verba fideiussionis in primis sunt inspicieda, quæstio enim nostra tunc tractatur, cum ex eius verbis non constat, an fideiussor voluerit teneri, etiam si fuerit appellatū, quod si sermo sit ambiguus, mens prætoris, cuius iussu præstatur plerunque hæc fideiussio, inspicienda erit, *l. in prætorijs, ff. de prætor. stipul. l. in conuentionalibus, ff. de verb. obligat.* quod si ex partium conuentione præstita fuerit, tunc in dubio contra fideiussorem erit pronunciandū, *l. quicquid adstringēda, versf. neque enim ferēdus, ff. de verb. oblig.*

2 His præcognitis distinguendum est, an fideiussio iudicatum solui, eius gratia fuerit præstita, qui conuenitur, an procuratoris, qui pro ipso litem suscipit, vt per eam ad defendendum reum admittatur.

3 In gratiam eius qui conuenitur fideiussio iudicatum solui, olim præstari solebat, cum in rem agebatur, teste Iust. *Instit. de satisdat. in princ.* & hodiè solet, cum quis de fuga suspectus in carceres detruditur custodiæ gratia, vt enim indè exeat, exigi solent fideiussores de iudicatum solui, idem etiā vsurpatur ex legibus municipalibus plerisque in locis, cum lis est cum forense; his autem casibus, & similibus puto fideiussionem iudicatum solui pertinere ad omne id, quod ex huiusmodi iudicio reus damnatus fuerit, etiam si appellatum fuerit, siue vim verborum, siue subiectam materiam, siue mētem eorum, qui fideiussionem exigunt, consideremus.

4 Vis sermonis hoc suadet, quia cum quis promittit, quod reus iudicatum soluet, vel quod parebit, vel quod stabit iudicato, vel quod adimplebit iudicatum, vel quod soluet id, quod eum debere per rē iudicatam, vel per sententiam constiterit, intelligi debet de ea sententia per quam res iudicata in ea causa introducetur; ergo intelligitur de sententia postremum lata, quia quousque alia expectatur, res iudicata adesse non dicitur, *l. res iudicata, de regul. iur.*

5 Subiecta quoque materia idem suadet, quia hic agitur, vt actor consequi possit, id quod sibi debetur, hoc enim fieri non potest, nisi fideiussor teneatur, etiam si a prima, vel secunda snia fuerit prouocatum, quia si secus esset, fideiussio inanis redderetur, cum reus prouocando eam extinguere facillimè posset, & hoc est, quod optimè considerat Rota Romana apud Farinac. *lib. 1. consf...* dum ait, fideiussionem debere sic intelligi, vt congruat causæ, propter quam interponitur, indè inferrens rectissimè, quòd si quis promiserit sistere in carceribus eum, qui velut suspectus de fuga in eos fuerat conuictus, tenetur id adimplere, etiam in causa appellationis, quia causa, propter quam fuit præstita fideiussio, hoc fieri postulat, vt fideiussio non sit inanis.

6 Mens quoque eorum, qui hanc exigunt cautionem idem euidenter pascit, si enim versemur in ea spetie, in qua ex conuentione partium fideiussio præstita fuerit, quis dubitare poterit inter eas fuisse actum, vt per fideiussionē in tuto ponatur id, quod actori debetur? *iuxta l. 1. propè finem, ff. de act. & oblig.* & proindè inter eos fuisse actum, ne fideiussio extinguatur per appellationem, quia si secus esset, vtique fideiussio frustra exacta fuisset, cum in potestate rei esset prouocando eius beneficium actori auferre, & ideò fideiussor nequaquam audiēdus erit, si affirmauerit, se in eū casum fideiussisse, quo non fuisset appellatum. vide *l. in conuentionibus 219. ff. de verb. signific. l. quicquid astringenda, ff. de verb. oblig. l. veteribus, ff. de pact. vbi gloss.*

7 Idem est dicendum, si ex lege municipij cautio sit præstanda, quia beneficium legis inane, ac superfluum redderetur, si liceret reo, appellando, illud actori eripere, quod non est admittendum, ne

legislator reprehenſione dignus reddatur, *l. Saluiur Ariſto, de leg. præſt.*

8 Huic autem opinioni locus eſt, non modò, cum reus in prima inſtantia fuit condemnatus, ſed etiã ſi per primam ſententiam fuerit abſolutus, ſi modò deiodè fuerit condemnatus, quia hunc caſum complectuntur ea, quæ ſupra propoſui, & ideò nulla cauſa eſt, cur diuerſo iure cenſeatur.

9 Quod ſi fideiuſſio iudicatum ſolui præſtita fuerit, vt is, qui reum defendit, audiatur; diſtinguo, aut procurator, defenſorvè ſimpliciter fuit datus, & admiſſus, aut ita admiſſus datuſvè fuit, vt etiam in ſecunda, vlteriorivè inſtantia audiri, & admitti debeat. Primo caſu exiſtimo indiſtinctè fideiuſſionem expirare, ſi fuerit prouocatum. Secundo verò contrarium indiſtinctè obſeruandum erit.

10 Cũ ſimpliciter procurator ad cauſam datur, fideiuſſionem per eum præſtitam iudicatum ſolui, cum fuerit prouocatum, expirare, ex eo probatur, quod procurator ſimpliciter ad cauſam agendã datus, licet appellare debeat, & exponere cauſas, cur appellauerit, *l. fin. ff. an per alium cauſ. appell. iuncta l. ſcio, propè finem, de appellat.* appellationem tamen proſequi non tenetur, *l. inuitus* 17. *C. de procur. l. ſi actor* 10. *C. de appell.* & proindè cautio iudicatum ſolui, quæ ab eo datur, vt actor tutus ſit, reum ratũ habiturum eſſe id quod per eum geſtum fuerit, vltra primam inſtantiam ſe extendere nõ debet, quia limitata cauſa limitatum parere ſolet effectũ; nec obſtat, eum ſine diſtinctione ſatiſdediſſe iudicatũ ſolui, quia cum per hanc cautionẽ nihil aliud prætor velit conſequi, quam ne fruſtra actor, eum procuratore agat, cautio eiuſmodi ex eudeoti voluotate prætoris reſtricta eſt ad eam inſtantiam, in qua procurator agit, quod ſatis eſt, etiam ſi verba generaliter concepta fuerint, *l. in conuentionalibus* § 1. *de verbor. oblig. l. in prætorijs, ff. de prætor, ſtip. iuncta l.* 1. §. 1. *eod. tit.* hocque non obſcurè inſinuat Iuſt. dum *in Inſt. tit. de ſatiſdat.* §. *ſin autem*, tractans de eo, qui per procuratorem ſe defendit, & de cautione iudicatum ſolui ab eo præſtanda, inquit.

Alia inſuper cautela, vel ſatiſdatione propter perſonam ipſius exponenda, quod tempore ſententiæ recitandæ in iudicium veniet, vel ſi non venerit omnia dabit fideiuſſor, quæ in condemnatione, ſi non fuerit prouocatum.

11 Quod ſi agatur de procuratore dato ad defendendam cauſam, quouſque fuerit terminata, ſecus erit dicendum, tunc enim fideiuſſio intelligetur de eo, quod fuerit iudicatum, etiam in ſecunda, vel vlteriori inſtantia, tunc enim nulla cauſa eſt, cur verba fideiuſſioois ſine reſtrictione concepta, ita reſtringatur, & innanis reddatur datio fideiuſſoris, cum id inter partes agatur, vt per eam ſecurus reddatur actor, ne iterum agere compellatur, recuſante reo rei iudicatæ ſtare.

12 Siue ergo prętoria cautio de iudicatũ ſolui tunc ſit, ſiue conuentionalis, euidens eſt non eſſe audiendum eum, qui ſine reſtitutione iudicatũ ſolui promiſit, ſi de prima inſtantia ſe ſolum ſenſiſſe dixerit, *l. in prætorijs, de prætor. ſtipul. l. quicquid aſtringendæ, de verb. oblig. cum alijs ſuprà allegatis.*

13 Diſſoluamus nunc argumenta, quibus aduerſarij vtuntur. Primò deſumitur *ex l. 3. ff. iud. ſol.* dum ait, *Si quis ad aliquem iudicem iturus ſtipulatus eſt iudicatum ſolui, & agit apud alterum, non committitur ſtipulatio, quia non huius iudicis ſententiæ fideiuſſores ſe ſubdiderunt*: hinc enim inferrunt, quod cum iudex appellationis fideiuſſionis tempore ignotus ſit, non videtur huius iudicis ſententiæ ſe ſubdidiſſe, eo modo, quo accidit cum iudex primæ inſtantiæ mutatur.

14 Reſpondeo conſueuiſſe veteres in fideiuſſione iudicatum ſolui inſerere nomen iudicis cauſæ diſceptandæ dati, vt non obſcurè colligitur *ex l. penult. ff. indicat. ſolui.* & ideò non eſt mirum, ſi mutato iudice, fideiuſſio euaneſcat, quia qui nominatim promittit, ſe facturum id, quod Titius iudicaſſet, noo aliter tenetur, quam ſi ex illius ſententia fuerit reus damnatus, *vt in d. l. penult.* clarè habetur: tex. autem noſtrum agere de eo, qui fideiubendo nominatim de certo iudice egit, indicant illa verba, *Si quis ad aliquem iudicem iturus* &c. & ex illis verbis, *quia non huius iudicis ſentẽtiæ ſe ſubdiderunt*. Si enim cauiſſet ſe ſoluturum id, quod iudicatum fuiſſet in lite vertente inter eos, de quibus agitur, nulla facta mentione iudicis, ratio I.C. non concluderet.

His expoſitis argumentum non concludit, quia quæſtio noſtra tunc habet locum, cum ex verbis non conſtat ad certum iudicem fideiuſſorem ſe reſtrinxiſſe.

15 Cum autem ſe ad certum iudicem reſtrinxit, etiam ſi ſit ex illis qui mandandæ iuriſdictionis, vel daodi iudicem ius habent, non tamẽ committetur ſtipulatio, quia licet eadem iuriſdictio ſit, non tameo idem iudex eſt, hoc eſt illud quod conſiderat I.C. *in d. l. 3.* dum ait, *quia non huius iudicis ſententiæ fideiuſſores ſe ſubdiderunt*, nulla facta diſtinctione, an ab eodem magiſtratu datus fuerit, a quo primus datus fuit. Quod tamen intelligendum eſt, quotieſcunque verſamur in eo magiſtratu, qui iudicare ſolet; ſi enim ex illis eſſet, qui, per alios id facit, ſecus eſſet diceodum, quo caſu admitti poteſt id quod ſcribit Bart. *in d. l. penult. num. 6.*

16 Secundò pro hac ſententia adducit *l. penult. ff. iudicatum ſolui*, dum in fine ait conſueuiſſe veteres in cautione iudicatum ſolui addere clauſulam, *Quivè in eius locum ſubſtituetur erit*, vt fideioſſor teneatur ex ſententia in ſecunda inſtantia lata.

Reſpondeo agere I.C. de eo, qui nominatim de iudiee certo mentionem fecit, inquit enim: *ſtipulatione cautum eſt, vt quod Sempronius indicaſſet præſtaretur*, in qua ſpetie non examinatur quæſtio noſtra, cum autem huiuſmodi clauſula addita fuit, putat Bart. *ibi num. 9.* non comprehendi iudicem appellationis, aduerſus quem ibi inſurgit poſt Franciſcum Tigrinum Andreas Barbatia.

17 Fundamentum Bart. in eo conſiſtit, quod cum iudex appllationis maior ſit, & iudice a quo fuit appellatum, *l. 1. ff. de appell.* non videtur contineri in illa clauſula, *Quivè in eius locum ſubſtituetur erit.* Tigrini autem, & Barbatiæ fundamentum in verbis textus dependet, I. C. enim expreſsè agit de ea ſpetie, in qua fuit prouocatum, & tamen docet ſolere huiuſmodi clauſulam poni, vt iudex appellationis contineretur.

18 Vt huius rei claram notitiam habeamus, meminiſſe oportet a iudice dato appellari ad eum magiſtratum,

ſtratum,qui illum dedit, *l.Imperatores,ff. de appell. & relat.l.1. & 2.ff.quis, & a quo.* & ideò cum I.C. agat de eo,qui apud Sempronium fideiuſſiſſet,tractat de cauſa, quæ apud iudicem datum tractabatur, itaque non rectè Bart. quæret de maioritate inter eum,qui in prima inſtantia iudicauit, & eum qui appellationis iudex fuit,vterque enim eiuſdem magiſtratus auctoritate iudicauit.

19 Non rectè etiam Andreas Barbatia, vt diſſoluat argumentum Bart.ait tex.agere de eo caſu,quo appellatum fuit, quia tunc prouocatur maior magiſtratus, cum ipſemet, vel is, cui ipſe iuriſdictionem mandauit, iudicauit. *vide l.1.§.1 ff quis,& a quo.*

20 Quid ergo ſentiendum erit? dico opinionē Bar. eſſe reſpuendam, quia expreſsè I.C. tractat de eo caſu, in quo fuit prouocatum,nec nocet argumentum Bart. quia, vt admonui,in hac ſpetie fruſtra de maioritate quæritur, cum iudex appellationis ab eodem magiſtratu detur, a quo primus datus fuit, & hæc opinio ſecundum iuris noſtri regulas indubitata eſt,vt mihi videtur.

21 Dubitatio tamen nonnulla videtur attentis moribus, & receptis noſtrorum traditionibus,plerunque enim a iudice dato appellatur is,qui appellaretur, ſi magiſtratus, aut is,cui mandata fuit iuriſdictio, iudicauiſſet, & hoc iure paſſim in Vrbe vtuntur, quia tunc vrgere videtur argumentum Bartoli. Idem tamen reſpondendum eſſe exiſtimo,quia illa verba,quivè in eius locum ſubſtitutus erit,continent iudicem appellatũ, nam iudex appellationis ſubrogatur in locum eius qui iudicauit, vel a lege, vel a Principe, ideò enim datur,vt ſententiā primā examinet: nec nocet eum qui appellatur maiorem eſſe eo, a quo fuit prouocatum, quia nõ propterea ſequitur in locum eius ad cauſam dirimendam, non fuiſſe ſubrogatum.

22 Tertiò allegatur, quod mutata inſtantia fideiuſſor iudicatum ſolui liberetur, *l.2.ff.iudicatum ſolui,* per appellationem ergo liberatur,tunc enim inſtantia mutatur.

Reſpondeo tex. agere de extinctione litis,non autem de mutatione inſtantiæ, inquit enim, *Cum lite mortua nulla res ſit, ideò conſtat fideiuſſores iudicatum ſolui non teneri.* Nos verò de ea mutatione inſtantiæ tractamus,quæ litem viuam eſſe demonſtrat,& ideò nihil commune habet hæc res cum noſtra quæſtione.

23 Quartò allegatur *Inſtit. de ſatiſdationibus, §. ſin autem, in fine,* qui nihil contra nos vrget, quia agit de fideiuſſione pro eo data,qui pro alio ſtat in iudicio, vt eius cauſam defendat,in ea tãtum inſtantia, vt expoſui num. 10.quod vbi accidit verum eſt per prouocationem expirate fideiuſſionem iudicatum ſolui,vt ibi expoſui.

24 Quintum argumentum eſt huiuſmodi, cum a prima ſententia fuit prouocatum, licet deindè fuerit confirmata, actor tamen ea non vtitur, ſed ea quæ poſtremum lata fuit, vt not. *in l.eos, C.de appell.* ergo is, qui fideiuſſit in prima inſtantia, non obligatur ex fideiuſſione præſtita.

Hoc argumentum pertinet ad eam ſpetiē, qua quis promiſit ſoluere, quod in prima inſtantia, vel a iudice aliquo fuerit iudicatũ, ſi enim verſaremur in illis caſibus,in quibus fideiuſſio iudicatũ ſolui ſine reſtrictione,prǽſtita fuit,cũ debeat fideiuſſio indiſtinctè intelligi ſecundũ ea,quæ ſuprà diſputauimus a nu. 2.res dubitatione caret,in ea autē ſpetię argumentum concludit in qua a procuratore data fuit fideiuſſio, nihil tamen valet, cum pro eo, qui conuenitur fuerit præſtita; rationque diuerſitatis, ex ijs colligitur,quæ diſputauimus num. 10 quia is,qui litem defendendam ſuſcipit,quò ad aliquam particularem inſtantiam,nihil aliud quærit, quam ſecurum actorem reddere, iudicium non eſſe futurum innane, quod vtique conſequitur, dum reus pro ſequendo cauſam appellationis, geſta ab ipſo rata habet. Econtra verò is, qui pro reo fideiubet, cum velit ſecurum reddere actorem, quod id conſequetur,quod ſibi deberi fuerit iudicatum, nõ poterit affirmare,eius mentem fuiſſe, vt fideiuſſio intelligeretur,ſi modò non fuiſſet appellatum, cũ tunc nihil actori ſuffragatura fuiſſet, quia in poteſtate rei erat prouocando beneficium fideiuſſionis ei eripere.

Opponens compenſationem,vel ſolutionem,an fateri debitum videatur ad l.non vtique,ff.de except. & c.exceptionem 63.de reg.iur.in 6. *Cap. XLVI.*

1 EVidenter vera eſt eorũ opinio, qui docent cēſeri debitum fateri illos, qui compenſationem opponunt, cum enim reus facilius, & tutius poſſit ſe expedire, negando debitum, inueriſſimillimum eſt, ad compenſationem eum confugere, quotieſcunque debitum inficiari iure poteſt.

2 Facilius inquam expedire ſe poteſt, quia ei ad repellendum actorem ſatis eſt dicere, ſe non eſſe debitorem,niſi enim contrarium plenè ex aduersò fuerit probatum,reus abſoluetur, *l.ei qui dicit,ff.de probat.cum ſimilib.* econtra,dum compenſationem opponit, debet docere de debito,cuius compenſatio opponitur,deindè examinari debet, an res verſetur in illis ſpetiebus, in quibus compenſatio admittitur.

3 Tutius etiam ſe expedit reus negando debitum, quia ei licebit deindè, ſi fuerit plenè per actorem probatum,excipere de compenſatione,*l.8.§.fin.de neg. geſt.l.6.§.1. de compenſat.* cur ergo credendum eſt, eum anteuertere tempus in exceptione proponenda, cum euidenti damno? quid ſi enim actore compenſationi aſſentiente iudex eam admittendam eſſe pronunciauerit? quid ſi de veritate debiti contentio oriatur, nonne facilius erit actori de eo docere? neque enim negari poteſt magnā eſſe coniecturam reum eſſe debitorem, nam compenſatio eſt debiti, ac crediti hinc indè facta contributio, *l.1.ff.de compenſat.*

Auctores huius ſniæ ſunt Natta *conſ.134.nu.6. & conſ.684.nu.1.*& alij de quib. Surd.*dec.24.nu.7.*

4 Contrariam ſententiam tuentur Alex. *in l. decē, num.29.ff.de ver. oblig.* Io.de Amic.*conſ.49.nu.7.* Felin. *in c.venerabilis, nu.17.de except.* & alij quos refert, & ſequitur D.Fachin. *lib.11.c.6.*

Mouentur auctores huius opinionis, ex regula propoſita *in l. non vtique 9.ff. de except.* dum ait, *non vtique videtur confiteri de intētione aduerſarius, cum quo agitur, quia exceptione vtitur,* ex quo tex. ſumpta fuit regula *c. exceptionē 63.de reg. iur.in 6.*

 hinc

hinc enim colligunt, eum, qui compenſationem opponit, non cenſeri fateri debitum, quia hoc admiſſo, excipiens de intentione aduerſarij, confiteri cenſeretur.

5 His, & alijs pro hac ſententia adductis, nihil mouentibus in prima perſiſto opinione, nam quod pertinet ad regulam *d. l. non vtique*, aduertendum eſt, aliud eſſe reum fateri intentionem actoris, aliud eum fateri debitum, nam intentione per actorem plenè probata, ſententia pro eo fertur, *l. in exceptionibus, ff. de probat. l. 1. §. cum prædium, in fin. de pign. l. 21. C. de rei vendicat. & l. final. eod. tit.* debiti autem veritate plenè oſtenſa, non ſemper reus condemnatur; per ſolutionem enim, compenſationẽ, & per præſcriptionem, vt cæteras omittam, exceptiones, actor excluditur, & ideò *in l. 2. ff. de except.* dicitur exceptionem ſemper excludere intentionem actoris, licet non ſemper reus neget factum ab actore propoſitum, vt videre eſt in exceptione doli, metus, pacti de non petendo, non aduentus diei, vel conditionis, non obſeruatarum ſolemnitatum, vt cæteras omittam, non nocet, ergo nobis regula, quæ *in d. l. non vtique* proponitur, quia dum dicimus excipientem cenſeri debitum approbare, non aſſerimus eum de intentione actoris confiteri, quia licet fateatur debitũ fuiſſe contractum, negat tñ ſe condemnari ex illo poſſe, propter compenſationis exceptionem, quod eſt illud, quod per hanc exceptionem conſequi curat, & ideò non admittimus aliquid contra eius voluntatem, dicendo eum confeſſum fuiſſe debitum, immò id ex mente eius deducimus, ſi enim debitum inficiari voluiſſet, ab initio id feciſſet, vel ſaltem aliquid expreſſiſſet, ex quo colligere poſſet iudex, ipſum non fateri debitum.

6 Ex his intelligimus, abſque fundamento ſolido loqui illos, qui dicunt eum qui de compenſatione excipit cenſeri conditionaliter debitum fateri, ſi ſcilicet per actorem plenè probatum fuerit, quia cum ex verbis eius nulla colligatur conditionis huiuſmodi mentio, gratis id nobis objicitur, cum ex ſubiecta materia, nullatenus poſſit deduci.

7 De ſolutione nunc videamus, an eam opponens cenſeatur debitum fateri, quod negant multi ex auctoribus allegatis; ego verò diſtinguo, aut agitur de eo, qui plenam rei notitiam habet, aut de alio, ſi is, qui plenam rei notitiam habet de ſolutione excipiat ſimpliciter, vereor ne debitum fateri videatur, quia ſolent homines, cũ cõueniuntur ad ſoluendũ aliquid, qđ ſoluere non tenentur, ſtatim debitum inficiari, vt iniquitatem actoris detegãt, quod duplici ex cauſa non fuiſſet prætermiſſum in ſpetie, de qua agimus. Primò, quia cum vix poſſit ſe ab ira continere is, a quo bis petitur id, quod nec ſemel præſtare tenetur, omninò inueriſimile eſt potuiſſe ſe continere, quin actori iniquitatem eius pleno ore objiceret. Secundò ne ſibi in repetitione eius quod ſolutum eſt, duriorem reddat probandi indebiti rationem, hoc enim coniecturis expediri plerumque ſolet, *l. cum de indebito, de probat.*

8 Si verò agatur de eo, qui rei notitiam plenam non habet eo tempore quo excipit, fateor veriſſimum eſſe eum non confiteri debitum, quia cum nemo iactare ſuum credatur, iuſtè putat eum, qui ſoluit iure ſoluiſſe. *vide d. l. cum de indebito, ff. de probat.* & proindè excipit de ſolutione ſolum, quia hac deceptus coniectura, rei veritatem diligentius perquirere non curauit, non eſt ergo, cur hinc elicere velimus debiti confeſſionem.

Vſufructuario fideiuſſorem nõ reperiente, quid a iudice agendum ſit ad l. 1. ff. vſufr. quemadm. caueat. *Cap. XLVII.*

1 SI vſufructuarius ita pauper ſit, vt fideiuſſorem non reperiat, quid agendum ſit, multis contentionibus a noſtris tractatur, alij enim poſſe eũ vſufructum conſequi negant, alij verò iuratoriam cautionẽ admitti debere ſcribunt, ſi modò vſufructuarius non ſit ſuſpectæ vitæ. Sunt, qui rem penes proprietarium relinquendam eſſe ceſeant, cum onere tamen tradendi emolumenta rei vſufructuario deductis expenſis, alij verò dicunt oportere rem tradi viro probo, qui eam coli curet, & fructus vſufructuario tradat, alij denique rẽ religioni iudicis cõmittunt: conſule DD. *in l. 4. C. de vſufr.* Guid. Pap. *deciſ.* 250. Nicol. Bellon. *conſ.* 54. Myſinger. *obſer.* 48. *centur.* 6. Contard. *de momentanea poſſ. quæſt.* 23. Vinc. Franc. *deciſ.* 497. Surd. *deciſ.* 141. And. Gail. *lib.* 2. *obſer.* 47. vbi Greueius alios recentium interpretum locos addit. Petrus Pechius *de teſt. coniug. lib.* 3. *c.* 24. Ant. Enring. *de fideiuſſ. c.* 5. *a num.* 200.

2 Difficultas in eo conſiſtit, quòd æquitas, & ſcriptum legis pugnare videntur, lex enim clara eſt, dũ docet vſufructuariũ, qui non ſatis dedit ad conſequendum vſufructum actionem non habere, *l. 1. ff. vſufr. quemadm. caueat. l. 4. C. de vſufr.* Econtra nimis durum videtur auferre vſufructum vſufructuario, cum præ nimia paupertate fideiuſſorem non reperit, ſi poſſit alia ratione ſalua eſſe proprietas, cuius gratia fideiuſſio præſtatur, qua de cauſa frequentiſſimis calculis eorum opinio repudiata eſt, qui vſufructuario adimunt vſumfructum, ſi non ſatisdederit, varioſque modos excogitauerunt, quibus hæc durities temperaretur, qui tamen omnes aliquas patiuntur difficultates.

3 Quod enim dicitur, iuratoriam cautionem admitti debere, ſi vſusfructuarius probus ſit & vitæ honeſtæ, periculoſum nimis eſt; fures enim qui non ſunt occaſione fiunt, eoque minus cautio iuratoria admitti debet, quod non deſunt modi, quibus vſufructuario conſuli poteſt abſque periculo proprietarij, & ideò in hac ſpetie vindicat ſibi locum recepta noſtrorum opinio, quæ docet non eſſe cautionem huiuſmodi admittendam, niſi in ſubſidium, vt per Iaſ. *in l. 1. num.* 23 *limit.* 12. *ff. qui ſatiſd. cog.* Rol. a Valle *conſ.* 43. *num.* 49. *&* 50. *lib.* 2. huc etiam ſpectat *l. cogi 16. §. ſi pater, l. qui ita 66. §. 1. ad S. C. Trebell. in l. 6. ff. quod falſo tutor.*

4 Non rectè etiam illi ſentiunt, qui rem penes proprietarium manere volunt cum onere emolumenta rei tradendi vſufructuario, quid ſi enim vir contentioſus ſit, ſegnis, aut non ſatis aptus ad rem cuſtodiendam? quid ſi aliter poſſit indemnitati proprietarij conſuli cũ maiore vtilitate vſufructuarij?

5 Et licet Iuſtinianus *in l. hac edictali. §. his illud, C. de ſecund. nupt.* conſtituerit, vt mulieri, cui maritus vſumfructum rerum mobilium reliquit, non valente

lente præstare cautionem, res penes proprietarium maneat, cum obligatione soluendi mulieri singulis annis vsuræ centesimæ partem tertiam, non tamen id sufficit, vt idem in spetie nostra admittamus, quoniam inter res mobiles, & immobiles, quò ad rem nostram dispar conditio adest, vt etiam animaduertit Salicet. *in l.4.C.de vsufr.num.2.vers. ego puto*.

6 Qui tamen subdit iudicem ad exemplum Imperatoris posse consulere indemnitati proprietarij iubendo, vt res penes ipsum maneat cum onere tamē præstandi fructus, vel aliquid eorū vice vsufructuario, quod ideò non probo, quia par potestas Imperatoris, & iudicis non est. In rebus enim dubijs explicandis, cum plures rationes idoneæ adesse possunt, nemo potest citra legis auctoritatem, vnam ex illis eligere alijs repudiatis, maximè cum ea, quā elegit, quandoque incommoda esse possit, vt accidit in ea, de qua nobis sermo est.

7 Addo nec in rebus mobilibus obseruandam esse constitutionem Iustiniani, cum vsuras non compensaturas Ecclesia repudiauerit Clementina vnica de vsur. licet enim nonnulla compensatio hic videatur adesse, nulla tamen est re subtiliter considerata, quia incertum est, an vsufructuarius, si res huiusmodi haberet, es ijs quidquam esset lucraturus, aut es earum pretio.

8 Quapropter puto huius legis decisionem cessare hodie, ex quo fundamentum, cui innititur, hodie sublatū est, *iuxta l.adigere, §.quamuis, ff.de iur.patr.* Imperator, vt clarius loquar, voluit per hanc constitutionem efficere, vt mulier, sine periculo proprietarij vsufructu potiretur, hoc autem fiebat mediante annua illa præstatione, qua sublata vsusfructus vtique inutilis reddetur, & proindè euidenter fit contra mentem Iustiniani, obseruando hodie eius constitutionem, ea igitur sublata, res remanet in dispositione iuris communis, & pronindè id, quod in cæteris vsufructuarijs locum habebit, in muliere prædicta etiam obtinebit.

9 Patitur etiam graues difficultates eorum opinio, qui docent rem penes tertium esse deponendam, in primis enim obstat regula *l.vnicæ, C.de prohibita sequestr.* a qua propria auctoritate recedere nobis nō licet. Secundò obstat durum nimis esse in ea spetie, in qua re manente penes proprietarium, idem commodum, vel paulò minus vsufructuarius habiturus est. Tertiò, quia non desunt aliæ rationes, quibus quandoque vtilius erit rem hanc expedire, quod vtique fieri non poterit, si huiusmodi opinionem sequimur.

10 Eorum autem opinioni, qui rem religioni iudicis committunt, obstat in primis *l.1. C.de legibus*, dum inquit, *Inter æquitatem iusque interpositam interpretationem nobis solis, & oportet, & licet inspicere.* Tūc enim interposita dicitur interpretatio inter æquitatem iusque, cum incidit aliquis casus, quem decidendo secundum ius scriptum æquitas offenderetur, hocque merito sibi reseruauit Imperator, quia iudici nimia competit licētia, si permittitur ei sub prætextu æquitatis a legibus discedere, quod cum optimè intelligeret Iustin. noster, sanxit, vt iudices iurarent se secundum leges esse iudicaturos, *§. vltimo, Auth.de iudic.* quod etiam præstatur a defensoribus ciuitatum, *§.iusiurandum, in Auth.de defensor.ciuit.*

11 Et ideò, quod legimus in Pandectis Iurisconsultos sæpius a scripto legis sub prætextu æquitatis discessisse, ad ius vetus referri debet, hoc enim genus interpretationis a Constantino Magno fuit Principi reseruatum *in d.l.1.C.de legib.*

13 Id autem quod legitur in Auth. iusiurandum, quod præstatur ab ijs, referri debet ad ea, quæ in legibus clarè definita non fuerunt, alioquin liberum esset ipsis contra leges agere, vt ex ipsius constitutiunis tenore dilucidè apparet, dum ait.

Et æquus in causis vtrique parti, & in publicis disciplinis ero, nullique parti citra quam iustum est præstabo, sed exequar vniuersa delicta, & omnem æquitatem seruabo, secundum quod mihi iustum visum fuerit.

14 Secundò illud obstat, quod si agatur de vsufructu rerum quæ vsu consumuntur, non videtur iudici vllatenus licere citra cautionem in illis vsumfructum constituere, cum per eam Senatus fecerit, vt vsumfructum, quem natura harum rerum non patitur, suscipiunt. *vide l.1.ff.de vsufr.earum rer. §. constituitur, Inst.de vsufr.*

15 At dices, nec Princeps hoc facere poterit, cum mediante cautione vsusfructus in his rebus constituatur. Respondeo verū vsufructum, vt dicit I.C. *in d.l.1.* non potuisse Senatum in his rebus constituere, quia vbi de vero vsufructu agitur, opus est, vt res salua maneat proprietario, *l.1.ff.de vsufr.* quasi vsufructum tamen cōstituit, hoc est rationem adinuenit, per quam factum est, vt re ipsa vsusfructus in his rebus consistat, cum enim nihil aliud contineat vsusfructus, quam vt res durante vsufructu penes fructuarium maneat, eo autem finito, vt redeat ad proprietarium, dum Senatus rationem inuenit, per quam fructuarius durante vsufructu re vtatur, eo autem finito redeat ad proprietarium, re ipsa vsumfructum in his rebus introdusit.

16 Vt autem hoc effici possit, non est necessaria cautio, quia sufficit, quod sic res componatur, vt omninò res ad proprietarium finito vsufructu redeat, veluti si ex pretio rerum mobilium res aliqua ita comparetur, vt durante vsufructu maneat penes fructuarium, eo autem finito ad proprietarium pertineat.

17 Consulendus ergo Princeps erit, qui anditis ijs, quorum de re agitur, quod æquius melius vè videbitur fieri iubebit, hoc est rem sic componet, vt sine damno, aut periculo proprietatij, vsufructus vtilior sit fructuario.

18 Quod si cum ijs sentias, qui putant per *d.l.3.C. de legib.* non fuisse ablatam iudicibus potestatem a legum scriptoribus propter æquitatem discedere, fierique auctoritate alterius, quam legislatoris posse existimaueris, vt aduersus claram legum dispositionem actio competat vsufructuario, qui non satisdedit ad petendum vsumfructum, ne discedas ab ea sententia, quæ religioni iudicis rem committit, qui rem expediet eo modo, quo Principem facere debere diximus.

Dt

De officio iudicis, qui certò ſcit veritatem ſtare aduerſus ea, de quibus in actis conſtat ad l. illicitas, §. veritas, ff. de offic. Præſid. *Cap. XLVIII.*

ADmonet me quæſtio in antecedenti capite explicata, vt tractem celebrem illam dubitationem, in qua quęritur de officio iudicis, qui certò ſcit non eſſe verum id, quod conſtat ex actis, & probatis, qua de re tractant iuris, & Theologiæ magiſtri plurimis in locis, videlicet *in l. illicitas, §. veritas, de off. Præſid. in c. 1. de off. ord. in c. paſtoralis, §. quia verò, de off. deleg.* & alijs in locis, de quibus Couar. *lib. 1. var. c. 1.* vbi luculentiſſime eam tractat D. Thom. 2. 2. *quæſt. 61. artic. 2.* vbi Gaetanus, & cæteri eius interpretes, & præcipuè. P. Aragon. latiſſime eandem quæſtionem tractat Ant. Corduba *in ſuo Quæſtionario lib. 1. quæſt. 37.* ex quibus varias ſententias colligere licet, circa quas non immorabor diutius, cum ab alijs diligentiſſimè examinatę fuerint, ſed meam ſententiam breuiter proponam, & confirmabo.

1 Tribus modis poteſt iudex hac in re verſari. Primò ſequendo fidem eorum, quæ ex actis, & probatis conſtant. Secundò ſequendo ſcientiam ſuam priuatam. Tertiò abſtinendo a munere iudicandi.

Primus modus multis ex cauſis damnatur, & primo, quia tunc iudex ſcienter faceret contra finem, propter quem inſtituta fuere iudicia, nulla enim alia de cauſa id factum fuit, quàm vt per illa conſequeremur id, quod nobis debetur, nam ſcienter non tribueret alicui ius ſuum, quod non videtur vlla ratione admittendum, quia ex fine eſſentia actuum moralium pendet, vt ex Ariſt. *lib. 1. Economic. c. 1.* & ex alijs oſtendi lib. 3. c. 1. num. 1.

2 Et hæc eſt differentia, quæ eſt inter iudicem, de quo agimus, & ordinarium, qui exequitur ſententiam delegati, is enim non debet de meritis cauſæ cognoſcere, ſed operam ſuam, & auctoritatem pręſtare debet, vt ſententia delegati effectum ſortiatur. Audi Summum Pontificem, *in c. paſtoralis, §. quia verò, de off. deleg.*

Quia verò ſępè contingit, quod executio ſententiæ ordinario mandatur, quæſiſti, an ſi ipſam iniuſtam eſſe cognouerit, debeat eam executioni demandare: an ſit ſubſiſtendum. Attendentes itaque, quod non cognitio, ſed executio tantum demandatur eidem, Reſpondemus, quod cum ordinarius teneatur obſequi delegato, & ſi ſcit ſententiam illam iniuſtam exequi, nihilominus teneatur eandem: niſi apud eum efficere poſſit, vt ab hoc onere ipſum abſoluat.

3 Deindè hic modus iudicandi præfert veritati imaginem veritatis, non alia enim de cauſa lex iubet iudicem ſequi fidem actorum, & probatorum, quàm quia exiſtimat ea eſſe vera, *l. final. ff. de probat.* & ideò deficiente fundamento, cui lex innititur, nulla cauſa eſt, cur eius diſpoſitionem obſeruemus, *l. adigere, §. quamuis, de iur. patr.* veritatis enim opinionem, ſi adimas actis, & probatis, quid quæſo aliud ſunt, quam mera hominum figmenta?

4 Nec prædictis obeſt, quod dicitur iudicem in iudicando non debere ſequi ſcientiam priuatam, quia animaduertere debemus duplici de cauſa huiuſmodi ſcientiam allegari. Primò, vt ſecundum eam ſententia ferratur. Secundò, vt propter eam iudex non præſtet fidem actis, & probatis; Si primo modo fuerit allegata, veriſſimum eſt eius rationem habendam non eſſe, de quo mox dicturus ſum; Altero verò modo res accepta aliud eſt dicendum. Differentiæ autem ratio in eo conſiſtit, quòd ſcientia priuata non eſt medium ſufficiens ad inſtruendum iudicem actum publicum exercentem, & alijs ex cauſis, quas mox explicaturus ſum, & ideò non poteſt eſſe ſatis vt iudex ſecundum eam ferre ſententiam poſſit.

5 Quando verò quæritur, an propter ſcientiã priuatam non debeat præſtare fidem actis, & probatis, aliud eſt dicendum, quia quomodocunque ſciat iudex aduerſus ea ſtare veritatem deficit fundamentum, quo ſublato indignum eſt ſententiam ferri ſecundum ea, ſciat inquam certò, nam ſi per teſtes, aut inſtrumenta, aut per aliud genus probationis non neceſſarię, hoc eſt moralis, id ſciat, aliud eſt dicendum non modo, quod hæc decipere poſſunt iudicem, ſed quia lex poteſt his adimere fidẽ, *c. cum dilectus, de fide inſtr.*

6 Secundus autem modus euidenter malus eſt, eo enim admiſſo, iudex dominus eſt iudiciorũ, quod nec leges, nec publica vtilitas patiuntur, Iuſdicentibus enim lex quantum poteſt poteſtatẽ coarctat, quia homines ſunt, hoc eſt affectibus implicati, & ideò omnia certa lege definit, quæ certæ determinationis ſunt capacia, cuius generis, cum non ſint ea, quæ es circunſtantijs pendent, velit nolit ea iudicis religioni committit, *iuxta l. 3. §. 1. de teſtibus, l. 7. C. de fideicommiſſ.*

7 Inſuper iudicium eſt actus, qui publica auctoritate palam exercętur, ergo ea quibus innititur, talia eſſe debent, vt eius naturæ conueniant, hoc eſt, debent publica muniri auctoritate, & omnibus eſſe aperta, neque enim actus publica auctoritate geſtus palam, dependere poteſt ex eo, quod occultum ſit, & publica careat auctoritate, qua de cauſa inſtrumenta non exbibita in actis ſeruatis ſeruandis, & teſtes ritè non examinati, nihil probant, *c. cum dilectus, de fid. inſtr. c. 2. de teſtibus.*

8 Non erit ergo priuata iudicis ſcientia ſatis, vt ſecundum eam ſententia ferri poſſit, quia occulta eſt, & publica caret auctoritate, ex quo intelligimus non rectè ſentire eos, qui aiunt iudicem, de quo agimus, poſſe excedere modos conſuetos in perquirenda veritate, necnon eorum, qui dicunt iudicem poſſe, cum non adeſt ſcandali timor, carceres recludere reo, quem innocentem eſſe certò ſcit, eadem enim incommoda vrgent, quia quicquid iudex agit, ex publica ſcientia dirigi debet.

9 Tertius autem modus nullum continet incommodum, nam abſque veritatis, & Reipublicæ dãno id fit, & quandoque cum maximo innocentis commodo, poterit enim deindè depoſito munere iudicandi teſtimonium præbere veritati, quod, & ſi non ſit ſatis futurum, vt ſententia ferratur, maximi tamen momenti erit, ad inſtruendum iudicẽ, & ad veritatem, ſi fieri poterit, inueniendam.

10 Et licet iudex iurauerit ſe ſe iudicaturum eſſe de cauſis ad ſuum munus ſpectantibus, non propterea, in ſpetie, de qua agimus, debebit ſententiam ferre, quia iuramentum, quod vinculum iniquitatis

tis esse non debet, *c. etsi Christus, de iur. iur.* non adigit iudicem ad sententiam ferrendam in ea spetie, in qua sine offendiculo id fieri non potest.

11 Quod si Princeps iuberet, vt sententiam ferret, non est ei parendum, cum enim veritas suapte natura imagini veritatis præferri debeat, nulla causa est cur ei parendum sit, quò pertinet id, quod dixit D.N. *Ego sum via, veritas, & vita*, hinc enim intelligimus semper, & indistinctè veritatem nos sequi debere. Deindè, quid refert hunc potius, quā alium sententiam ferre? & cur veritati latenti adimitur testis omni exceptione maior?

12 Et ex his intelligimus, quomodo sint intelligendi illi iuris nostri loci, in quibus dicitur iudicem sequi debere fidem actorum, & probatorum, nempè *l. illicitas, §. veritas, de off. Præsid. c. iudicet, 3. q. 7.* vt scilicet tunc habeant locum, cum iudex sententiam dicit, quod cum non possit sine incommodo in spetie nostra facere, meritò aduersus nostram sententiam non vrgent, longè enim differunt inter se, quærere quid iudex in sententia ferrenda sequi debeat, & an sententiam possit ferre quando certò scit acta, & probata falsa esse.

Plura si scire cupis de hac re, adeas Couar. D. Thom. Aragun. & Cordubam in locis, quos supra indicaui, mihi enim satis fuit veritatem indicasse.

Testes de confessione alicuius attestantes, si in tempore non sint contestes, an plenè probent.
Cap. XLIX.

1 SI plures de confessione alicuius deponant, nec in tempore concordent, dubitari solet, an coniungi possint ad effectum plenè probationis hinc deducendæ, qua in re variæ sunt nostrorum sententiæ, duæ tamen præcipuę sunt, eorum nempè, qui indistinctè negant, & eorum, qui indistinctè affirmant.

Negantium opinio, vt mihi videtur receptior est, & verior, quam sequuntur Ant. de Butrio *in c. licet causam, num. 8. de testibus.* Salic. *in Auth. rogati, in fine, de testib.* Bal. *cons. 25. punctus, nu. 2. lib. 3.* Castr. *cons. 155. in causa, nume. 2. vers. tertiò non proficiunt, lib. 2. & cons. 296. visis actis, vers. quia testes, lib. 1.* Ancaranus *consil. 227. num. 5.* Alex. *consil. 68. num. 8. lib. 3. & ibi addentes.* Ruin. *consil. 72. num. 5. in quarto.* Paris. *consil. 153. num. 27. lib. 4.* Alc. *cons. 2. num. 6. & 7.* vbi de communi secundum editionem Lugdunensem. Ias. *in l. admonendi, num. 256. de iure iuran.* Berous *in c. licet causam, num. 38. de probat.* Vasq. *de successionum creat. lib. 1. §. 4. num. 44.* Viuius *in suis communibus opinionibus littera C. opinione 138.* Bonacossa *in commun. opinionibus in verbo confessio absente.* Mattæus Chirianus, *& ipse in commun. opinionibus, vers. confessio extraiudicialis.* Maranta *in praxi, in ferunda parte iudicij, actu 5. num. 14.* Bossius *in praxi, tit. de iudicijs, num. 21. in fine.* Magonius *decis. Lucensi 46, num. 23.* Burs. *cons. 69. num. 29. cons. 166. num. 21. lib. 2.* Ioannes Botta *cons. 88. num. 41.* Paul. Mereda *cons. 86. num. 37. lib. 1. consiliorum matrimonialium.* Cefalus *cons. 225. num. 31.* Hieroninus Gabriel *cons. 40. num. 13. lib. 2.* Becius *cons. 61. nu. 29.* Fabius Turrettus *cons. 100. nume. 27. lib. 1.* Surd. *cons. 425. num. 5. decis. 12. num. 5.* Farinac. *cons. 75. num. 8. & 9. lib. 1.* D. Fachineus *lib. 1. cons. 60. num. 6. & 7. lib. 1.* Card. Seraph. *decis. 1029. num. 11.* vbi dicit hāc esse notissimam conclusionem, & 1172. *num. 5.* vbi dicit hoc esse notissimum.

2 Et hanc sententiam iudicando sequuti fuerunt, duo amplissima Italiæ Tribunalia, nempè consilium Neapolitanum, teste Afflicto *decis. 364. nu. 2. & 3.* & Rot. Rom. sępius, testibus Puteo *decis. 476. lib. 2.* Seraphinus *decis. 1156. num. 2. tomo 2.* Gabr. *cons. 40. num. 18. lib. 2.*

Pro eadem sententia allegantur Probus *in c. 1. de pactis, num. 4. in c. 1. de confess. num. 53.* Bertazzolus *cons. crim. 70. num. 8. & cons. 93. num. 8. lib. 1. & cons. 452. num. 14. lib. 2.* Eugenius *cons. 27. num. 50.* Follerius *in praxi criminali par. 2. tertiæ partis principalis, verbo & si confitebuntur, num. 2.* Plotus *cons. 65. num. 11. tom. 1. consiliorum criminalium.*

Pro eadem sentētia numerandi sunt illi, qui putant non posse coniungi duos testes, quorum vnus de numeratione, alius de cōfessione deponit, quorum numero sunt Cin. Bal. Salic. Abbas, Caccialupus, Curt. & alij relati a Surdo *decis. 12. num. 9.* præterea Corneus *cons. 58. num. 3. lib. 3.* & alij, de quibus Farinac. *de testib. q. 64. a num. 126.* Longe enim maior est coniungendi ratio in hoc casu, quā sit in nostro, vt infrà num. 9.

3 Fundamentum huius opinionis in hoc consistit, quod illi, qui de confessione alicuius deponunt, testantur de enunciatione verborum, in quibus continetur confessio eius, de quo agitur, itaque cum impossibile sit enunciationes verborum diuerso tēpore factas ad vnam redigi enunciationem, vtique impossibile est istos testes coniungi directè, vt vnam, eandemque enunciationem verborum probent, sed id tantum facere poterunt per modum adminiculi, & præsumptionis, reddendo verisimile depositionem aliorum testium; itaque cum quia ex testibus de tempore confessionis non concordantibus, vult confessionem aliquo tempore factā probare, vnius tantum testis depositione vti poterit directè, eius nempè, qui tunc præsens fuit, alijs verò vtetur per modum adminiculi, coniungendo eorum depositionem, cum illius testis depositione.

Ergo manifestum redditur ex hac coniunctione plenam non oriri probationem, quoniā, vt ex coniunctione plurium probationum imperfectarum plena deducatur probatio, duo necessaria sunt. Primum, vt imperfectæ probationes in suo genere perfectæ sint, idest, vt plenè singulæ earum probatæ fuerint, vt explicant Alex. *cons. 11. num. 6. & 7. lib. 4.* Felin. *in c. cum causam, num. 11. de probat.* Ias. *in l. admonendi, num. 257. de iure iur.* Gabr. *tit. de probat. concl. 1. num. 31.* Mysing. *obseru. 100. num. 5. centur. 2.* & est receptissima, & certissima nostrorum sententia.

4 Secūdò opus est, vt imperfectæ huiusmodi probationes duas semiplenas cōstituant probationes, Bartol. *in d. l. admonendi, nume. 48. & 49. de iure iur.* vbi Ias. *num. 250.* Curt. iun. *num. 60.* & res caret difficultate, nisi enim omnes partes integrales concurrant totum perfectum constitui non potest. Manifestum inquam redditur non posse hinc perfectā oriri confessionis probationē, quia vtrūque deficit,

deficit, probationes enim quæ coniunguntur ſunt in ſuo genere imperfectæ, nec teſtium dicta, quæ pro adminiculo adſeruntur, ſatis ſunt ad ſemiplenam probationem conſtituendam, quæ enim præſumptio eſt, Titius confeſſus fuit hodie apocam ſubſcripſiſſe, ergo verum eſt, idem craſtina die eũ confeſſum fuiſſe, vt alius teſtis deponit, videatur Menoch. *de præſumpt. lib.* 1. *quæſt.* 82. *num.* 6.

5 Negatiuam opinionẽ multi ſequuntur, de quibus Crauetta *de antiquit. temp. parte* 4. *§. ſed*, *num.* 18. Hipp. Riminal. *conſ.* 7. *a num.* 106. *lib.* 1. Ioſeph. Lud. *deciſ. Peruſ.* 9. *nu.* 15. Menoc. *lib.* 1. *de præſumpt. quæſt.* 41. *num.* 6. Maſcard. *concluſ.* 379. *num.* 14. Farinac. *de teſtibus, quæſt.* 64. *nu.* 133. quorum numerus, nec auctoritas comparari poteſt, cum numero, & auctoritate eorum, quos pro noſtra opinione attulimus, & ideò cauendum eſt ab illis, qui aiunt hanc eſſe receptiorem opinionem.

6 Aggrediamur nunc rationes, quibus mouentur, quarum prima hæc eſt, propoſita a Curtio iun. *in l. admonendi, nu.* 60. *in fine*, & *nu.* 61. horum teſtium ſingularitatem eſſe adminiculatiua, & ideò coniũgi debere ad plenam fidem faciendam.

Reſpondeo commentitiam eſſe diſtinctionem, adminiculatiuæ, & diuerſificatiuæ ſingularitatis, vt oſtendit præclarè Gabr. *conſ.* 40. *a nu.* 20. *lib.* 2. quod ſi mordicus eam tutari velis, dico non eſſe ſatis, vt teſtes in vnum finem tendant, vt ſingularitas adminiculatiua inde oriatur, ad exemplum teſtium de diuerſis actibus iuriſdictionalibus, vel poſſeſſorijs deponentium, hi enim licet ad vnum, eundemque finem tendant, nempè ad probandam poſſeſſionem, & iuriſdictionem, tamen nõ dicuntur ſingulares ſingularitate adminiculatiua, ſed diuerſificatiua, vt noſtri communiter admittunt, quos videre poteris apud Farinac. *de teſtib. quæſt.* 64. *a nu.* 171. quibus accedit, in illis caſibus, in quibus teſtes
7 ſingulares ſingularitate adminiculatiua iunguntur, plenam nõ oriri probationem, vt multi docuerunt, de quibus Farinac. *d. q.* 64. *nu.* 126. & 127. & 149.

8 Secundò pro eadem ſententia ſic arguit Crauetta, teſtes qui ad vnum, eundemque finem tendunt, plenè probant, *l. qui ſententiam, C. de pœnis*, vbi Bal. ergo teſtes de quibus agimus plenè probabũt, cum ad eundem finem tendant, nempè ad probandam confeſſionem.

Reſpondeo text. allegatum intelligi, quoties in ſubſtantia rei teſtes concordant in circunſtantijs tantum, & in accidentalibus non conueniunt, vt ex eius verbis liquet, quæ hæc ſunt. *Qui ſententiam laturus eſt temperamentũ hoc teneat, vt non prius capitalem in quempiã promat, ſeueramque ſententiã, quam in adulterij, vel homicidij, vel maleficij crimen, aut ſua confeſſione, aut certè omnium, qui tormentis, vel interrogationibus fuerint dediti in vnum conſpirantes, concordanteſque rei finem, conuictus ſit.* Sicque hunc tex. intelligunt Bald. *in cap. licet cauſam, num.* 10. *verſ. conſidera, de probat.* Alex. *conſ.* 78. *num.* 8. *lib.* 1. Iaſ. *in l. admonẽdi, nu.* 255. *verſ.* & *dicit pulchrè.* Myſing. *obſer.* 20. *in fine centur.* 2. quod ſi contendas rem hãc aliter intelligendam eſſe, dicam teſtes, qui coniunguntur, quia in vnum tendũt finem, plenè non probare, vt multi docuerunt, quos recenſet, & ſequitur Farinac. *d. quæſt.* 64. *num.* 149.

9 Tertium argumentum deducitur a Crauetta ex opinione eorum, qui dicunt teſtem de confeſſione deponentem cum eo coniungi, qui de numeratione teſtatur; nulla enim ait ratio differentiæ inter iſtos caſus adeſt.

Reſpondeo, immò magnam, & euidentem eſſe differentiam, nam teſtis de numeratione deponẽs, licet vnicus ſit, ſi tamen magna vrgentique præſumptione adiuuetur, interdum plenam faciet probationem, vt poſt multos docet Ant. Gabr. *tit. de teſtib. concluſ.* 1. *num.* 62. ergo non eſt mirum, ſi coniunctio iſtorum teſtium plenam quandoque induce re poſſit probationem, nimis enim vrget coniectura, quæ ex teſtis omni exceptione maioris depoſitione de confeſſione debitoris oritur.

Quæ vis vtique non adeſt in præſumptione, quę oritur ex depoſitione teſtis aſſerentis ſe audiuiſſe eum, de quo agimus alio tempore, idem fuiſſe confeſſum. His accedit teſtes de numeratione, & confeſſione deponentes inſimul coniunctos plenam non inducere probationem, ſecundum opinionem, quam poſt plurimos ſequitur Farinac. *d. quæſt.* 64. *a num.* 126.

10 Quartò ſic arguit Crauetta, teſtes ſingulares ſufficiunt ad probandum, quid in genere ſecundum receptam noſtrorum opinionem, ergo ſufficere etiam debent in caſu noſtro, quemadmodum enim genus ex pluribus ſpeciebus conſtituitur, ita debitum ex pluribus deducitur confeſſionibus.

Nihil enim eſt, qđ ſi teſtes ſingulares aliquid probent in genere, ex natura ipſius generis deſcendit, qua de cauſa, ſi id quod in genere ad probandum propoſitum fuit, ad tempus locumque certum fuerit reſtrictum, non poterit amplius per teſtes ſingulares probari, & hæc eſt recepta opinio, vt liquet ex Farinac. *d. quæſt.* 64. *num.* 171. & 172. & ideò ad rem noſtram non pertinet, quia agimus de confeſſione certo tempore, certoque loco facta, præterquam quod nõ eſt verum, teſtes ſingulares probare aliquid in genere, vt præclarè oſtendit nouiſſimè Dom. Polidorus Ripa *obſeruat.* 204. quem videas.

11 Vltimum argumentum, quod proponitur a Crauetta eſt hoc, quod iſtæ depoſitiones ſufficiant a ceſſante ratione, deducitur, nam quod teſtes ſingulares non probent duplex ratio aſſignari poteſt; prima, quia dicuntur contrarij, quando eſt ſingularitas obſtatiua; ſecundò, quia alij alios elidunt, dum ſingularitas eſt diuerſificatiua, ergo regula quod teſtes ſingulares non probent, nun pertinet ad caſum noſtrum, in quo huiuſmodi rationes ceſſant.

Reſpondeo Crauettam omiſiſſe veram rationẽ, cur teſtes ſingulares non probent, etiam ſi ſint mille, quia ſemper verum eſt, vnum teſtem de eadem re deponere, nõ duos, vel plures; ſcriptum eſt enim, *In ore duorum vel trium ſtat omne verbum*, quam rationem in propoſito adferunt Bald. *in l. teſtium*, *num.* 12. & *in l. iuſiurandi, num.* 4. *C. de teſtib.* vbi Salicet. *num.* 12. Felin. *in c. licet ex quadam, num.* 2. *verſ. exponit, de teſtib.* Dec. *in c. licet cauſam, num.* 7. *verſ. ſingularitas, de probat.* & *conſ.* 534. *num.* 11. *verſ. præterea.* Farinac. *de teſtib. quæſt.* 64. *num.* 34. D. Polid. Rip. *obſeru.* 214. *num.* 6. *in fine verſ.* & *quia ratio*, & alij, quos omitto.

Ex

12 Ex quò clarè apparet ratio, quam se non intelligere Crauetta profitetur, cur confessio per duos testes, contestes probetur, per testes autem singulares non possit probari, quando enim duo adsunt testes contestes, tunc per duos testes probatur confessio, quando verò testes sunt singulares, etiamsi sint mille, attamen nulla est confessio quæ per duos testes contestes probetur, cum de diuersis confessionibus deponant.

13 Cum ergo ex his appareat opinionem Butrij esse veriorem, & receptiorem, non licebit ab ea iudicando discedere, nec facilis esse debebit iudex ad deferendum iuramentum in supplementum, iuxta tradita *in l. admonendi, de iure iur.* hoc enim iuramento, quod quem cōstituit in propria causa testē, parcissimè vtendum est, sequendo exemplum amplissimę Rotæ Romanæ, quæ solet esse difficilis in illo deferendo, teste Card. Seraph. *decis. 566. in fi.*

Quòd si ageretur de probatione rei inuerisimilis, vtique non essent admittendi testes huiusmodi singulares, cum enim in his probandis clariores, & euidentiores probationes exigantur, vt docent Abb. *in c. quia verisimile, num. 2. & 3. de præsumpt.* & alij quos referunt Decian. *cons. 15. a num. 9. lib. 1.* Farinac. *de testib. quæst. 65. nu. 144.* manifestum est, nō sufficere ad probandam confessionem huiusmodi, quia, horum testium dicta probationem claram, & euidentem continere, dici non potest.

Cum aliqua pars instrumenti falsa est, an in partibus separatis sit ei fides danda. Cap. L.

1 SI instrumenti, cuius plures partes sunt, & quidem separatæ, aliqua pars falsa sit, an in reliquis ei sit fides præstanda, variè a nostris explicatur, consule Ant. Gabriel. *tit. de malefic. conclus. 3.* Menoch. *lib. 5. præsumpt. 21.* D. Fachin. *lib. 9. c. 79.*

2 Distinguendum esse reor inter falsitatem, cui error, imperitia, aut negligentia causam dedit, & eam, quæ ex dolo profecta est: primò casu falsitatem non nocere partibus separatis existimo: secundò verò vtique.

3 Vt huius sim sntiæ hæc facit ratiocinatio. Quod fides adhibeatur instrumento facit auctoritas notarijs tributa a Principe mediatè, aut immediatè, hæc enim facit vt instrumentum a notario confectum tantum habeat veritatis opinionem, vt ab eo discedere iudici non liceat, nisi euidentibus probationibus eius fides fuerit confutata, quod est illud, quod dicere solemus, instrumenta publica probationem probatam esse, consule Bec. *cons. 52. nu. 2. cum sequentibus.* Tiraquel. *de retract. consangui. §. 1. gloss. 1. num. 10.* Surd. *cons. 6. num. 11.* & alios ab ipsis citatos.

4 Cum autem imperitia, error, aut negligentia notarij in aliqua parte testamenti non sit istis, vt existimemus idem quò ad alias partes separatas, quia ex diuersis non fit illatio, meritò dicimus falsitatē instrumenti in aliqua parte, cui non dedit malitia causam, non obesse alijs instrumenti partibus separatis.

5 Cum verò dolosè eum scripsisse in aliqua parte rem aliter, ac gesta fuit, constiterit, tū euidens causa est, cur non præstemus fidem instrumento, nec etiam in alijs partibus separatis, quia opinio, quam de probitate notarij habere solemus, eo ipso euanescit, quod infidelem eum fuisse constiterit in aliqua, vel minima re, & proindè basis cui instrumentum innititur, tollitur, qua sublata ipsum corruere necessè est.

6 Cum autem mala consequentia sit, notarius, eo tempore, quo instrumentum, de quo agimus, conscripsit, indignus fide erat, ergo eodem morbo laborauit anteacto tempore; propterea constituimus differentiam inter instrumenta antea facta, & illud, de quo agimus, illa fide digna esse censemus, hoc verò nequaquàm.

Si aliorum dicta intelligere cupis, adeas interpretes nominatos nu. 1. & eos, quos ipsi allegant, mihi enim satis est veritatem indicasse.

Libri Quinti Finis.

ANTONII MERENDAE
I. V. D. FOROLIVIENSIS
CONTROVERSIARVM IVRIS
LIBER SEXTVS.

Emphiteusis concessa filijs, an ad filias pertineat. *Cap. Primum.*

1 FREQVENTER controuertitur, an emphiteusis concessa filijs ad filias pertineat. Putauit autem Guido de Suzar. non pertinere, cuius vestigia plerique nostrorũ sicuti sunt, vt allatis auctoritatibus ostendũt Rol. a Val. *cons. 93. num. 17. lib. 2.* Corbulus *de iure emphit. tit. de priuat. ob lineam finitam, num. 3. cum sequentibus.* Rota Romana *decis. 125. par. 2. diuers. num. 2.* Laderchius *cons. 9.*

2 Contrariam sententiam defendunt Dec. *in l. 2. num. 108. de reg. iur.* Couar. *lib. 2. var. cap. 18. num. 1. vers. sed in hoc casu.* Pinellus *ad l. 3. nu. 33. C. de bon. mater.* Valasc. *de iure emphit. quæst. 41. num. 3.* D. Fachin. *l. 8. c. 97.* & hanc opinionem veluti veriorem sequutum fuit consilium Neapolitanum, teste Franco *decis. 30.*

3 Crebrior sententia mihi magis placet; cur autẽ in hanc venerim sententiam, antequam exponam, admoneo non posse certam regulam dari, an masculinum concipiat fœmininum, quia hoc ex eo pẽdet, an id, de quo agitur habeat nomen, quod sit vtrique sexui commune, vt constat *ex l. seruis legatis 79. ff. de leg. 3.* ad idem pertinet *l. inter stuprũ 101. in fine, de verb. signif.* cum enim vterque sexus particulare nomen habet, nulla causa extat cur eo nomine, quod est proprium, & peculiare masculini sexus, contineantur fœminæ, quæ alio nomine nũcupantur.

4 Ex natura emphiteusis hæc res non potest decidi, licet enim tam masculi, quam fœminæ emphiteusis capaces sint, *§. emphiteusim, Auth. de non alienan. reb. eccles.* ipsa tamen emphiteusis non magis vnum, quam alterum sexum admittit, & in hoc distat a feudo, quod suapté natura sexum fœmininũ reijcit, *§. filia vero, tit. de success. feudi, & alibi,* & proinde cum quæritur, an fœmininus sexus fuerit exclusus in emphiteutico contractu, non est inspicienda natura ipsius contractus, sed vis, & potestas sermonis, quo emphiteusis fuit concessa, diligenter est expendenda.

5 Nostra ergo disceptatio ex eo pendet, an vocabulum de quo agimus commune sit filijs vtriusque sexus, exceptis autem datiuo, & ablatiuo numeri pluralis casibus, exploratum est appellationem filiorum masculorum, & fœminarum adeò discretã esse, vt confundi non possint sine vitio orationis; cum enim dicimus *filius, filij, filio, filium, filiorum, filios,* non possimus fœminas sine vitio orationis hoc sermone ex vi verborum continere, qua de causa in iure nostro, cum de his casibus agitur, fieri solet vtriusque sexus mentio particularis, *vt in Inst. quibus manumitt. licet, vel non, §. eadem, vers. iustæ autem, & in titul. quibus modis ius patr. potest. soluit. in prin. vers. nam mortuo, & §. præterea, vers. nostra autẽ, & de tutel. §. fin. in princ. & de exhæred. liber. §. final. vers. neque enim, de hæred. qual. & differ. §. sui autem, & de hereditatibus, quæ ab intest. defer. §. 1. in princip. & in vers. postea, & §. cum filius, & legitima agnator. success. §. 1. vers. hoc etiam addendum, & §. fin. in princ. & de S. C. Tertul. in princ. ibi, vt ne quidem, & vers. vt mater ingenua, & in §. 1. vers. sed & filiæ, & in §. fin. idem obseruari potest tit. de S. C. Orficiano in princ. vers. & data est, & in fine, & in titulo de gradibus cognat. §. 1. & in §. quinto gradu, vers. item propatrui, & de successione libertorum, §. postea, vers. itaque, & de bon. poss. §. sunt autem, vers. sunt autem.*

6 Idem in plurimis Pandectarum locis obseruare est, vt constat *ex l. 4. in princ. de ijs, qui sunt sui, vel alien. iur. l. libertum 16. in princ. de excus. tutor. l. si ita scriptum 13. in princ. ex l. Titius 25. in princ. ff. de lib. & posth. ex l. certum 8. in princ. l. si ita 14. de inoff. rupt. & irrit. fact. test. l. si filius 23. ff. si quis omiss. caus. test. in l. 1. §. de matris, ad S. Cons. Syllanianum, l. 1. §. primo gradu, in princ. & vers. tertio gradu, &*

du, &

du, & §. quinto gradu, in principio, & fine, & l. 3. ante vers. qui verò, & in vers. admonendi, & l. 10. ff. de gradibus affinit. §. gradus, ante vers. secundo gradu, & ante vers. tertio gradu, & §. illud notandum, & §. pronepos, §. matertera magna, vers. sub hac nominum, & in §. abnepos, & in §. patrui magni, & §. amitæ magnæ, & §. avunculi, §. patrui nepos, & §. atnepos, §. patrui maioris, §. amitæ maioris, cum duobus §§. sequentibus, & §. fratris, sororisque, §. patrui maximi, & §. seq. l. 2. in princ. & idem habetur ex l. liberorum in fine, l. prounciatio, §. familiæ appellatio refertur, de verb. signif.

7 Concordant etiã leges C. vt constat ex *l. si quando 35. in fine, C. de inoff. testamen. l. generaliter 6. in priu. C. de instit. & substit. in l. humanitatis 9. in priu. C. de impub. & alijs substit. l. 4. in princip. & fine, C. de postb. hæred. instit. l. 6. in princ. C. ad Trebell. & vers. idemque in retinenda, & in §. fin autem, l. unica, C. de bit, quæ ante apert. tab. in princ. in l. si matre 11. C. de suis, & legitim. l. 2. 4. & 5. C. ad S. C. Tertull. l. 4. C. ad S. C. Orficianum, & in tit. de bonis matern. l. 2. & l. 3. §. quod si nepotes, & tit. sequen. l. 2. in princip. & l. 3. in princ. & l. cum oportet, §. fin autem, cum l. seq. in princ. & §. ipsum autem filium.*

8 Cum itaque secundum vsum latini sermonis sine vitio non possit in his casibus contineri filius sexus fęminini ea appellatione, quæ propria est filiorum masculorum, euidens est ex vi verborum non posse deduci eum, qui, aliquo ex prædictis casibus vtitur, huiusmodi sermone, intelligere etiam de filijs fœminis; cum enim sexus masculinus, & fœmininus nomina distincta habent masculinum non concipit fœmininum, *l. seruis legatis 79. ff. de leg. 3.* & proinde ad mentem erit ei recurrendum, qui asserit etiam fœminas eum fuisse complexum.

9 Et hoc est, quod significat I. C. *in l. quis quis 116. ff. de verb. sign.* dum ait.

Quis quis mihi alius filius sit Labeo non videri filium contineri: Proculus contra: Labeo mihi videtur verborum figuram sequi, Proculus mentem testantis. Respondit non dubito quin Labeonis sñĩa vera non sit.

10 Et ideò I. C. *in l. iusta 201. ff. de verbor. signific.* dixit iusta interpretatione factum fuisse, vt appellatione filij filia familias contineatur; iusta enim interpretatio dicitur illa, quæ ex interpretatione iuris legumque sententia magis, quam ex vi verborum descendit, vt admonet Cuiac. *ad l. filij 84. ad finem de verb. signific.* Mos enim erat, vt idem auctor admonet, veteribus I. C. augere significationes verborũ propter æquitatis rationem, cui subijciuntur verba, quod etiam tradit lib. 80. Digestorum Iuliani *ad d. l. iusta, in fine.*

11 Non posseque ex vi verbi fœminas huiusmodi appellatione contineri ex eo præterea probatur, quòd I. C. *in d. l. iusta*, ad ostendendum posse filij appellatione nepotem contineri, eo argumento vtitur, quod fœminæ filij appellatione sæpè veniãt ex iusta interpretatione, cum enim clari iuris sit nepotem non venire filij appellatione ex vi verbi *l. 6. de testam. tutel. §. final. Instit. qui testator dari poss. l. penul. in fine, C. ad Macedonianum*, & docent DD. frequentissimis calculis, vt constat ex Gabr. *tit. de verb. signific. concl. 1. num. 3.* ex Card. Mantic. *lib. 8. de coniectur. tit. 8. num. 2.* ex Surd. *decis. 73. a num. 1. & num. 14. & cons. 403. num. 18. & 19.* non possumus affirmare ex vi verbi fœminas huiusmodi sermone contineri, quia tunc argumentatio I. C. non concluderet; argumentaretur enim ab eo, quod ex vi verbi venit, ad id quod per interpretationem venit.

12 Id ipsum ostendit *l. 1. §. sed si incertum, ff. de vètr. in poss. mittẽdo*, dum docet, quod si ita scriptum sit, si mihi filius vnus nascetur exhęres esto non censeri exhæredatam filiam ex eo natam; licet enim scriptum sit exhæredationem liberorum non esse interpretatione adiuuandam, *l. cum quidam, de liber. & posth.* non tamen verba patris filium exhæredãtis exhæredationis odio contra vim, & significationem suam accipiuntur, *l. 3. de lib. & posth.*

Ad mentem ergo confugiendum est ei, qui in hac spetie asserit fœminas contineri. Cum autem veteribus placuerit pactionem obscuram, vel ambiguam venditori, & ei, qui locauit nocere in quorum fuit potestate legem apertius cõscribere, *l. veteribus, ff. de pact.* rectissimè auctores receptæ sententiæ dicunt verba, de quibus agimus, non posse sic exponi, vt fœminas contineant, quia hoc tendit in fauorem eius, cuius intererat legem apertius cõscribere.

13 Nec valet, quod post Dec. dicunt sequaces alterius opinionis, verba nempè de quibus agimus non esse obscura, cum iusta interpretatione fœminas contineant *d. l. iusta interpretatione, de verb. signific.* quia vt interim omittam hoc esse contra mentem DD. qui comm. docent interpretationem de qua *in d. l. iusta*, agitur in contractibus non esse recipiendam, vt constat ex Gabr. *tit. de verb. signif. concl. 1. a num. 61.* a Corbul. *tit. de priuac. ob lineam finitum, nu. 13.* ex Rosental. *de feudis, c. 7. conclus. 15.* litt. I. ex D. Pachin. *lib. 7. controuers. cap. 75.* ex Rot. *decis. 125. nu. 16. par. 2. diuers.*

14 Dico huiusmodi iustam interpretationem, etiã si in alijs causis sępè admittatur, in contractu, de quo agimus, esse respuendam, quoniam vsus loquẽdi, mens eius de cuius re agitur, subiecta materia, æquitasque ratio, quibus ex causis vocabulorum significationes extendi solent, interpretationem huiusmodi nos facere vetant. Et quò ad vsum loquendi pertinet, cum appareat ex locis allegatis leges in his casibus solere suis proprijs nominibus distinguere filios vtriusque sexus, vsum loquẽdi allegare contra nostram sententiam nemo potest.

15 Cumque quæstionẽ in vniuersum proponamus, an emphiteusis concessa filijs, contineat fœminas; nullam certè supponimus particularem circunstantiam, & proinde non est de contrahentium mente tractandum, nisi quatenus vis verborum patitur. Immò in vniuersum re considerata, iure possumus affirmare constare de contraria mente contrahentium; qui enim vtuntur sermone proprio masculorum, fęminas exclusisse existimantur, re, prout plerunque accidit, considerata, voluntatem enim hominum re in vniuersum accepta eam esse credimus, quam verba præseferrunt cum ad significandam animi nostri sensa, verba fuerint adinuenta.

16 Ex quo sequitur non posse sub æquitatis prætextu hanc interpretationem introduci, quia æquitas non patitur aliquid fieri contra mentem contra-

Ll hentium,

hentium, *l. 1. ff. de pact.* non patitur etiam æquum, & bonum facilè audiri eum, qui dicit aliter, ac verba indicant, ſe ſenſiſſe, quia incertæ redderentur omnes conuentiones, & facilè id, quod inter partes actum fuit euaneſceret, ſi allegationes huiuſmodi facilè reciperentur, quapropter veteres iuris noſtri auctores docuerunt non eſſe ferendū eum, qui profitetur ſe obſcurè ea dixiſſe, quæ ad ſui commodū pertinent, *l. quicquid adſtringendæ 99. ff. de verb. obl.*

17 De natura emphiteuſis nō eſt, cur tractemus; huiuſmodi enim contractus, quò ad hoc omninò a partium voluntate pendet, cum emphiteuſis ſuapte natura non deſideret conceſſionem ſic fieri, vt ad maſculos tantū magis, quam ad vtriuſque ſexus filios pertineat; & ideò non ſubſiſtit, quòd aliqui contrariæ ſententiæ auctores dicunt verba, de quibus agimus, eſſe ſic intelligenda, vt fœminas etiam contineant, ne contrahentes, videantur diſceſſiſſe a iuris communis diſpoſitione, quæ pariter maſculos, ac fœminas ad emphiteuſim admittit, quia ius commune nihil de hac re diſponit, ſed ſolum declarat vtrunque ſexum emphiteuſis eſſe capacem.

18 Duæ ſunt quæſtiones in hac re; rem melius declaro. Prima, an vterque ſexus ſit capax emphiteuſis. Secunda, quis debeat ſuccedere in emphiteuſi. Primam quæſtionem ius commune declarat determinando vtrunque ſexum eius eſſe capacem. Secundam verò ius commune non determinat, ſed eam contrahentium voluntati relinquit, & proindè non eſt cur velimus coniecturam voluntatis cōtrahentium, ex iure communi colligere, dum quærimus quis fuerit ad emphiteuſim vocatus.

19 Hæc de prima noſtræ quæſtionis parte dixiſſe ſit ſatis; ſecundam nunc aggrediamur, in qua breuius agam, cum ex dictis maxima ex parte eius deciſio pendeat. Vox filijs eſt communis vtrique ſexui ſecundum analogiam Grammaticorum, cum recta ſit hæc inflexio *filia, arum, ijs, as*, veteresque linguæ latinæ auctores verbo filijs fœminino genere vtebantur, vt teſtis eſt Alciatus *in l. quiſquis 116.* poſt Priſcianum *lib. 7. & in l. inter ſtuprũ 101. in fine de verb. ſignific.* eſtque commentum Iuriſcōſultorum, vt ambiguitatis, & ſexus diſcernēdi cauſa dicamus filiabus, ſi credimus Chauſio Soſipatri veteri Grammatico, cuius meminit Cuiacius *in l. quiſquis 116. ff. de verb. ſignific.* Laderchius *conſ. 9. num. 1.*

20 Si ergo vim verborum attēdimus, cū quis vtitur verbo filijs vtrunque ſexum continet, cum vtatur ſermone vtrique ſexui communi, iuxta regulam *l. in ſeruis legatis 79. de legat. 3. in l. inter ſtuprum 101. in fine, ff. de verb. ſignific.*

21 Si tamen vſum iuris noſtri auctorum, & eorum, qui latinè ſcribunt, iuriſque rationem inſpiciamus, non eſt conſtituenda differentia inter hos, & exteros huius vocabuli caſus, cum fuerit recepta apud poſteriores prudēs illa Iuriſperitorum admonitio, vt de fœminis agendo, filiabus dicamus, non filijs: ſicque loquitur *l. qui quartam 15. §. & l. qui filiabus 17. ff. de leg. l. ſi ita ſcriptum 46. de leg. 2. l. 2. §. quod ſi pater, ad S.C. Tertullian. l. maximum vitium, in fine, C. de liber. præter. l. 6. in prin. C. ad Trebell. l. 5. & 17. de teſtamen. tutel. §. final. Inſtit. qui teſt. tutor. dar. poſſ. §. final. Inſtitut. de exhæredat. lib.*

22 Cum enim de verborum interpretatione agitur, non eſt ad proprietatem ſermonis recurrendum, quam vſus aboleuit *l. Labeo, ff. de ſuppelect. legat.* nam penes ipſum eſt ius, & norma loquendi, vt admonet Horatius, & omnes admittunt: qua de cauſa excuſari non poteſt Alciat. dum *in l. quiſquis 116. verſ. ſed hac in quæſtione, ff. de verb. ſignif.* contrarium ſcribit, aduerſuſque alia præterea vrgent, de quibus mox dicimus.

23 Iuris etiam ratio non patitur, vt ad huiuſmodi proprietatem recurramus, cum enim pluſquam verum ſit homines deſiderare, vt vndequaque claræ ſint ſuæ diſpoſitiones, incredibile eſt quempiam reperiri, qui data opera ſermonem obſcurè conſcribat, cum poteſt dilucidè loqui, ſicut accideret illi, qui de filijs vtriuſque ſexus agens, prætermiſſo nomine vtriuſque ſexus proprio, illos nuncupat ea appellatione, quæ iam diu receptiſſimis calculis exploſa fuit.

24 Huc pertinet tex. *in §. fin. Inſt. qui teſt. tutor. dar. poſ.* agit eo loci Inſt. ex profeſsò de ſignif. verb. quibus homines in dandis tutoribus vtuntur, & inter cætera inquit, *ſi quis filiabus ſuis, vel filijs tutores dederit etiam poſthumo, vel poſthumæ dediſſem videtur, quia filij, vel filiæ appellatione, & poſthumus, & poſthuma continentur.* Agit inquam ex profeſſò Iuſtin. de verb. ſignif. quibus liberi poſthumi maſculi, & fœminæ in tutelis ſignificantur, & ait filij appellatione filium poſthumum maſculum ſignificari, & filiæ nomine filiam poſthumam venire; ergo filij appellatione non venit filia, quia eius appellatione veniret filia poſthuma, non enim refert natus ne ſit filius, an poſtea naſcatur, vt nomine filij contineatur *l. 5. de teſtamen. tutel. l. nomen filiarum 164. de verb. ſignific.* & tamen Imper. non obſcurè docet filiam poſthumam venire filiæ appellatione, cum filij nomine filius poſthumus ſignificetur.

25 His tamen obſtare videtur id, quod legitur ex Vlp. *in l. ſi quis ita 16. ff. de teſt. tutel.* dum inquit, *ſi quis ita dixerit filijs meis tutorem do, in ea conditione eſt, vt tàm filijs, quàm filiabus dediſſe videatur, filiorum enim appellatione, & filiæ continentur, concordat l. ſi ita ſcriptum 46. ff. de leg. 2.* l. C. enim ex vi verborum non ex mente dedicere videtur, tutelam fœminis his verbis datam cenſeri.

26 Vt omnis tollatur dubitatio meminiſſe oportet eius, quod ex eodem Vlpiano *in l. 6. eod. tit.* legitur, dum inquit, *quod ſi nepotes ſint, an appellatione filiorum, & ipſis dati ſint, videndum eſt: & magis eſt, vt ipſis quoque dati videantur, ſi modò liberos dixerit. Cæterum ſi filios, non continebuntur, aliter enim filij, aliter nepotes appellantur*, quod etiam legitur *in Inſtit. qui teſt. tutor. dari poſſ. §. finali.* Cum enim l. C. ait, aliter filij maſculi, aliter fœminæ appellantur, non poſſumus inficiari tutorem datum non cenſeri ex vi verborum fœminis in eo ſermone, qui filiorū maſculorum eſt peculiaris.

27 Secundo meminiſſe oportet Iulianum *in l. iuſta interpretatione 201. de verb. ſignifi.* vt oſtendat nepotes non incommodè contineri filiorum appellatione, eo argumento vti, quod iuſta interpretatione receptum eſt filiorum appellatione ſæpè fœminas venire; ſi enim ex vi verborum fœminæ contine-

nerentur,

nerentur, filiorum appellatione malè hoc traheret ad nepotes quos constat ex vi verborum non venite filiorum appellatione, *vt in d.l.6. de test. tutel.*

28 Tertio expendendum est id, quod ex eod. Vlp. legitur *in l.5. de testam. tutel.* dum inquit, *Si quis filiabus suis, vel filijs tutores dederit etiam posthumæ videtur dedisse, quia filiæ appellatione etiam posthumæ continetur.* Agit I.C. de eo, qui filiabus, vel filijs dederit tutorem, & quærit, an fœminis dedisse censeatur, & respondet affirmatiuè, quia filiæ appellatione posthuma continetur. Si I.C. ageret de eo, qui dixit filijs meis tutorem do, mala esset eius ratio, quia ad hanc speciem non pertinet, & proindè intelligendus est de eo, qui dixit filiabus meis tutorem do; hic est itaque sensus Vlp. qui filiabus tutorem dederit, posthumæ tutorem habent; qui verò dixerit filijs tutorem do, posthumi masculi solùm continebuntur: hic inquam est sensus Vlp. quia Iustinian. qui *ex d.l.5. & 6. de testamen. tutel. confecit, §. final. Inst. qui tut. testam. dar. poss.* id ipsum explicat disertis verbis, vt ex eius verbis supra ostendi num. 24.

29 His præmissis patet menti magis, quàm vi verborum tribui debere id, quod legitur *in d. l. si quis ita*, alioquin Vlp. & cæterorum sententiæ, & sibi ipsi contrariaretur: hocque tantò magis dicendum est, quòd eo in loco hoc dixit, in quo varijs exemplis ostendit mentem magis, quàm vim verborum in datione tutelæ esse respiciendam; neque vrgeas vim verbi continentur, quod proprietatis notam esse scribit Barto. *in l. hæc verba, ad l. Iul. de adulter.* nam id falsum esse luculenter exposui lib. 2. cap. 5. nu. 11. cum sequentibus.

30 Ex mente etiam deducitur id, quod habetur *in l. si ita scriptum 46. de leg.* 2. nempè legatum factū filijs pertinere ad filias, pietas enim paterni nominis hanc interpretationem introducit; nam ibi agitur de legato a testatore filijs suis facto, & proindè nihil commune habet hæc decisio cum re nostra, etiam si enim hęc pietas respectu eius, qui emphiteusim acquirit possit locum habere respectu tamē eius, qui illam concedit non pôt allegari, & hac est

31 rō, cur non licet nobis argumentari ab vltimis voluntatibus ad emphiteusim, cum agitur de interpretatione verborum: affectio enim vel mens eius, qui emphiteusim stipulatur non sufficit, vt filij appellatione veniat fęmina, cum ex eius voluntate id non pendeat, sicut pendent a testatore ea, quæ ab ipso disponuntur, vt ostendi infra.

De eadem re. Cap. II.

1 Ostendimus in antecedenti capite veriorem esse communem sententiam, quæ docet filiorum appellatione in contractu emphiteusis non venire fęminas; nunc exponendum est, quando ex mente contrahentium recedendum sit ab hac sententia: conueniunt enim DD. ab ea recedendum esse, cum aliud inter contrahentes actum fuit; nam cum de conuentione interpretanda agitur, ante omnia quid inter partes actum fuerit est perpendēdum *l. in conuentionibus, ff. de verb. significat. l. semper in stipulationibus, de reg. iur.*

2 Cum autem hæc quæstio quotidiana sit, & lubrica valde, vt accidit in omni quæstione voluntatis, nonnulla præmittam, ex quibus causa eorum, qui contra vim verborum filias contineri contendunt, obscurior redditur.

Primo loco persona concedentis est consideranda. Si enim ageretur de eo, qui non sit solitus concedere emphiteusim pro fęminis, difficilius vtique existimandum est eum voluisse nomine filiorum fęminas continere; non modò quia emphiteusis cōcessio censetur facta secundum consuetudinē eius, qui illam concessit, nisi clarè appareat eum a sua consuetudine discessisse, vt rectissimè scripserunt Dec. *in d. l. semper in stipulationibus, nu. 8. de regul. iur. in l. vt liberis, nu. 12. C. de collat.* & ibi Ial. *nu. 10. & 11.* Addentes etiam ad Alex. *cons. 124 verbo dictam concessionem, lib. 5.* quod etiam post multos tradit Becc. *cons. 10 r. nu. 48.*

3 Sed etiam quia non est verisimile dominum, qui eam concessit, permissurum fuisse, vt inuestitura præter solitum facta ad fauorem fęminarum, conscriberetur illis verbis, quæ solent adhiberi cum solis masculis emphiteusis conceditur, quia hoc viro bono non conuenit.

4 Quod si dominus hoc promisisset, non est verisimile emphiteutam id permissurum fuisse; cum enim agatur de re graui, est verisimile eum peritos consuluisse, homines enim continuis litibus, quæ Christianum orbem perdunt, admoniti in negotijs huiusmodi conficiendis, peritos solent consulere,

5 vt clarè id, quod actum fuit exponatur; cumque hæ coniecturæ ex circunstantijs ipsiusmet negotij desumptæ sint, & rationi, hominumque moribus congruant, adeò vrgent, vt difficillimè possit iudex existimare aliud inter partes actum fuisse, & proindè clarissimæ, & euidentissimæ esse debent coniecturæ, quæ ei persuadere valeant contrahentes filiorum appellatione fęminas tunc continere voluisse.

6 Quod si dominus solitus sit concedere emphiteusim masculis, & fęminis, diligenter inspiciendū erit, an soleat distinguere sexum masculinum a fęminino, & an soleat, cum in emphiteusi fęminas comprehendit, vti verbis communibus vtrique sexui, vt sunt *generatio, genus, proles, linea, liberi, nati, geniti, descendentes, posteri*. Si enim solitus sit distinguere sexus, veluti verbis communibus vtrique sexui, difficillimum est existimare eum voluisse nomine filiorum fęminas continere, quia in hac specie multò magis ea vrgent, quæ proposuimus circa concessionem ab eo factam, qui fęminis non solet emphiteusim concedere a nu. 2. ad nu. 5.

7 Quod si agatur de eo, qui non poterat fęminis emphiteusim concedere, res explorata est non posse per coniecturas recedi a significatione verbi filius, quia non credimus quempiam id facere velle, quod ei non licet, nisi clara admodum sit eius voluntas, *l. meritò, C. pro socio,* & in proposito nostro scribunt Gabr. *lib. 1. consil. 90. nu. 5. & 6. & lib. 2. consil. 80. nu. 2. & 13.* Corbul. *de priuat. ob lineam finitā, nu. 29. vers. & hæc declaratio,* idque multò magis vrget, si in concessione non fuisset reseruatus consensus S. Pontificis, qui necessarius erat, vt possent fęminæ contineri in emphiteusi, quia a solito, & a munere boni Prælati nimis abest non reseruare cō-

 sensui

ſenſui S. Pontif. perfectionem contractus, qui ſine eius voluntate non poteſt ſubſiſtere.

8 Ex perſona eius, qui emphiteuſim acquiſiuit excluduntur coniecturæ, quæ allegari ſolent, vt filiorum appellatione veniant fœminæ, cum agitur de eo, qui fagax eſt, & in rebus ſuis agendis diligens, hoc enim genus hominum in ea pediendis negotijs grauib. in quib. facilè erratur, ſolent peritos conſulere, & ideò non eſt credendum eum abſque conſilio Iuriſperiti contractum, de quo agimus feciſſe, cum materia lubrica ſit, quemadmodum oſtendũt innumeræ ferè lites, quæ ſuper hac materia in ijs locis iugiter vigent, vbi contractus emphiteuſis eſt frequens; quod ſi credimus ipſum conſuluiſſe peritos, euidens eſt ipſum non accepiſſe emphiteuſim pro fœminis; nemo enim vel mediocriter peritus, vnquam paſſurus eſt clientem, qui emphiteuſim pro vtroque ſexu accipit, vti verbo filius, qui ſecundum veriorem, & receptiorem ſententiam fœminas in hac materia non continet.

9 Quod ſi is, de quo agimus alias in contractu emphiteuſis ad fauorem filiorum vtriuſque ſexus inito ante eum, de quo agitur, diſtinxiſſet filios vtriuſque ſexus, vel vſus fuiſſet vocabulo vtrique ſexui communi, res clarior eſſet, iure enim tunc credimus eum notitiam habuiſſe dubitationum, quæ circa verbum filius hac in re eacitãtur, & proindè incredibile eſt eum deindè paſſurum fuiſſe huiuſmodi verborum poni in contractu, de quo agitur.

10 Ex perſona etiam notarij, qui conſcripſit contractum coniecturæ huiuſmodi excluduntur; quid ſi enim agatur de notario, qui ſolitus ſit diſtinguere per ſua propria nomina filios vtriuſque ſexus, nõ ne euidens eſt in emphiteuſi, qua agimus partes noluiſſe continere fœminas? de ipſis enim nominatim meminiſſet notarius, ſicut alias facere conſueuit, aliòquin improbus eſſet, cum data opera obſcurè contractum conſcriberet, quod cum non ſoleamus de notarijs ſuſpicari, meritò dicimus hoc ſufficere ad deſtruendas coniecturas, quæ hac in re aſferri ſolent pro fœminis.

11 Quod ſi notarius retroactis temporibus non cõſcripſiſſet contractus emphiteuticos, ſatis erit oſtẽdere eũ ſolitum fuiſſe in alijs negotijs filios vtriuſque ſexus ſuis proprijs nominibus diſtinguere, cum enim boni notarij officium ſit in omnibus perſpicuè mentem contrahentium exponere, non eſt credendum eum contra ſuam conſuetudinem vſum fuiſſe verbo, filius, in eo contractu, in quo partes vtrunque ſexum contineri voluerunt, quia hoc obſcuritatem parit, & lites.

12 Conſuetudo etiam eccleſiæ emphiteuſim concedentis non comprehendendi fœminas in inueſtituta ad excludendas coniecturas, de quibus agitur, multum vrget, non ſolum, quia non eſt credendum Prælatum a maiorum more diſceſſiſſe, niſi valde clara ſit eius voluntas, vt in propoſito ſcripſerunt Alex. *conſ.* 124. *num.* 4. *lib.* 5. Iaſ. *in l. vt liberis, nu.* 10. & 11. *C. de collat.* Paril. *conſ.* 13. *num.* 29. *lib.* 4. Gabr. *conſ.* 90. *num.* 1. 2. 4. & 5. *lib.* 1. & *lib.* 2. *conſ.* 68. *nu.* 7. & 80. *num.* 2. Corbul. *tit. de priuat. ob lineam finitam, num.* 30. Sed & quia non fuiſſent vſi illis verbis, quibus ſolet filijs maſculis tantum emphiteuſis concedi: nam qui a ſolito diſcedunt, clare admodum ſolent ſuam exprimere voluntatem; cũ enim intelligant plurimum inter homines mores maiorum æſtimari, iuſtè verentur ne detur alijs occaſio exiſtimandi ipſos ſecundum id, quod moris eſt, actum, de quo agitur, geſſiſſe.

13 Quod ſi cum cõſuetudine eccleſiæ, aut eius, qui emphiteuſim conceſſit, conſuetudo regionis conueniret, multò minus filiorum appellatio fœminas contineret, nam eum de conuentionum interpretatione agitur, plurimum vrget huiuſmodi conſuetudo, *l. ſemper in ſtipulationibus, ff. de reg. iur.* & in ſpetie noſtra docent Brun. *conſ.* 81. *num.* 6. *lib.* 1. Paril. *conſ.* 13. *num.* 29. 30. & 31. & *conſ.* 51. *nu.* 47. & 48. *lib.* 1. Bertazol. *conſ. ciuil.* 85. *num.* 4. *in fine*, & *num.* 5. & *conſ.* 39. *num.* 32. & 33.

14 Quæ autem diximus de conſuetudine domini directi, eccleſiæ que, & regionis, tunc non obtinere exiſtimat Gabr. *conſ.* 69. *num.* 36. *lib.* 2. cum inueſtituræ ſub diuerſa forma conſcriptæ fuerunt, quod etiam ego probo, cum tanta eſt varietas, vt non poſſit dici plerunque pro ſolis maſculis emphiteuſim ſolere concedi, ſi enim frequentius maſculis tãtum concedi fuit ſolitum, ita vt poſſit dici regulariter ſolere ſolis maſculis concedi eædẽ rationes vrgent, ſicque ſenſit Bertazol. *d. conſ.* 39. *num.* 32. *in ciuilibus*, huicque opinioni fauet id, quod ſcribit Bart. *l. indè quibus, nu.* 16 *ff. de legib.* dum dicit non impediri conſuetudinem ex eo, quod vario modo fuerit obſeruatum, dummodò frequentius aliquo certo modo populus obſeruauerit, quod etiã ſcribit Decius *conſ.* 11 *num.* 12. *verſ. ſecundo reſpondeo.*

15 Vſus quoque loquendi, ſi ita diſtinguit filios maſculos a fœminis, vt non ſoleant contineri fœminæ nomine filiorum in inueſtitura poſito, coniecturæ non ſunt ſatis ad eas includendas, quia ea vſu loquendi hominum diſpoſitiones ita pendent, vt in qualibet materia verum ſit ſecũdum communem vſum loquendi verba eſſe intelligenda, vt tradunt Felin. *in rubr. prohem. decretal. nu.* 11. & alij de quibus Corbulus *de priuat. ob lineam finitam, num.* 42. qui dicit idem eſſe obſeruandum in interpretatione inueſtiturarum.

16 Vt tamen huiuſmodi vſus allegari poſſit neceſſe eſt, vt contractus fuerit conſcriptus idiomate materno; ſi enim alio idiomate fuerit conſcriptum, puta latino, fruſtra vſus huiuſmodi allegaretur; quia tunc notarius, non verba partium, ſed mentem deſcribit, atque ita docent Bal. *in l. lege, nu.* 3. *C. de legit. hæred.* & alij, quos refert, & ſequitur Cardin. Mantica *de coniecturis lib.* 3. *tit.* 8. *num.* 9.

17 Poſtremo inſpiciendum eſt, an contractus ſit dãnoſus domino directo in ipſo ſi fœminæ contineren tur? tunc enim coniecturæ non eſſent ſatis ad eas comprehendendas appellatione filiorum: præſumptio enim quod nemo exiſtimetur velle iactare ſuum, adeò potens eſt, & fortis, vt difficillimè ab ea recedatur, iuxta tradita per Menoch. *caſ.* 88. *de arbitr. iud.* & ideò ipſa ſola ſatis eſt ad obſeruandas coniecturas, quæ pro fœminis allegantur, quod ſufficit ad eas excludendas, vt in ſequenti capite exponemus Deo dante. Hocque multò magis in emphiteuſi eccleſiaſtica obtinet, cum Prælati diligentiſſimè debeant, dum de rebus eccleſiæ diſponunt, omnia indagare ne contra vtilitatem eccleſiæ

fiæ quidpiam fiat; exponendo enim verbum filius ita vt contineat fęminas contractu damnoso ecclesiæ existente Prælatum negligenter se gessisse non possumus negare, quod a iuris ratione abhorret: nã traditum est eum, qui culpam alterius allegat debere ipsam plenè, ac concludenter probare, vt post alios docent Becc. *cons. 37. nu. 11. & 25. & cons. 44.*
18 *num. 2. 3. & 4.* Surd. *cons. 12. num. 16. 17. & 18.* & alij passim, è contra si contractus emphiteuta valdè damnosus esset, quia non conuenit ecclesiæ cũ aliena iactura locupletari, facilè existimandum est fęminas filiorum appellatione contineri, & in his terminis accipi debet id, quod scribunt Burs. *cons. 4. num. 19.* Rolan. *cons. 18. num. 20. in 3. & cons. 48. num. 11. in 4.* quos sequitur Menoch. *cons. 587. nume. 10.* quia aliàs sequeretur Prælatum fecisse contractum iniustum ad fauorem ecclesiæ, quod dictu absurdum est, sic inquam accipiendi sunt, alias euidenter loquuntur contra *l. veteribus, ff. de pactis*, ex qua comm. opinio pendet.

De eadem materia. Cap. III.

1 EXponendæ nunc sunt coniecturæ, quæ a nostris proponuntur, vt fęminæ filiorum appellatione in contractu emphiteusis contineantur, de quibus priusquam agam, illud admonendum est, contractum emphiteusis pendere a duorum consensu, & voluntate, dantis scilicet, & accipientis emphiteusim, & ideò cum agimus de sensu verborum eius, non est ad alterius voluntatem confugiendum, sed ex vtriusque mente id deduci debet, vt bene admonent Gabr. *cons. 69. num. 40. lib. 2.* Corbul. *de priuat. ob lineam finitam, num. 11. vers. quia stipulatio*, & re vera puerile est verba inuestituræ latè vltra eorum significationem accipere ex eo solum, quod verisimile sit eum, qui emphiteusim acquisiuit voluisse suis descendentibus, quantum potuit consulere, quia ex eius voluntate id non pendebat.

2 Illud etiam admonendi sumus differẽtiam hac in re extare inter emphiteusim ecclesiasticam, & eam, quæ a laicis conceditur: nam eam, quæ ab ecclesia venit strictius in fauorem accipientis accipi debere docet Bal. *in l. 2. num. 7. vers. si est, C. de iur. emphit.* quem sequuntur Alex. *cons. 61. num. 4. vers. non obstat, lib. 1.* Ant. Gabr. *de verb. signific. concl. 6. a num. 102.* & alij, quos refert, & sequitur Rot. diuers. *decis. 125. num. 20. par. 2.* idem placet Felin. *in c. per tuas, num. 9. de prob.* & Corbul. *de iure emphit. tit. de priuat. ob lineam finitam, num. 56.*

3 Cum enim in alienationibus rerum ecclesiasticarum sit constitutum, vt non fiant nisi tendant in euidentem vtilitatẽ ecclesiæ, iuxta ea, quæ habentur in Extrauaganti Ambitiosæ *de rebus eccles. non alienan.* & in Decretalibus *eod. tit.* semper existimandum est Prælatum, qui emphiteusim concessit diligenter curauisse, vt contractus quantum fieri potest vtilis esset ecclesiæ, & proindè euidens est differentia inter Prælatum, & illum, qui rem suam in emphiteusim concedit: nam cum quilibet in re sua sit arbiter, & moderator, culpa ei non imputatur, si non fuit vsus exactissima diligentia, vt contractum magis vtiliter conficeret, sicut imputatur Prælato, si cum possit in emphiteusi continere solos masculos velit etiam fęminas comprehendere.

4 Vbicunque ergo non apparet eum, qui emphiteusim stipulatus fuit ab ecclesia eam non fuisse stipulaturum, nisi etiam fęminæ continerentur, & in inuestitura de fęminis non sit mentio particularis, iusta causa est credendi eum fuisse consensurum contractui, etiam si fęminæ non comprehenderentur: nam in contractibus id actum fuisse creditur quod ex significatione verb. colligitur, *l. veteribus, ff. de pact.* & in specie nostra scribunt Alex. *cons. 61. num. 1. lib. 1. & cons. 17. num. 3. & 4. in 5.* Curt. iun. *cons. 319. num. 14. & 15.* Gozadin. *cons. 20. num. 2.* Rubeus *cons. 22. num. 6.* Gabr. *cons. 69. nu. 17. in 2.* Dec. *in l. 2. num. 104. & 105. de regul. iur.* Ial. *in l. si quis id, num. 23. de iurisd. omn. iud.* Rot. *decis. 11. nume. 1. vers. quinto accedit, par. 1. & decis. 125. nu. 17. par. 2. diuers.* Card. Seraph. *decis. 1362. num. 8.* D. Fachin. *lib. 7. c. 97. vers. ad secũdum respondeo*, Laderch. *cons. 9. num. 3. ad finem.* Corbul. *tit. de priuat. ob lineam finitam, num. 11. & 15. 21. & 74.* & proindè si dicimus filiorum appellatione venire fęminas, admittimus Prelatum muneri suo non satisfecisse, cum in contractu contineri voluerit fęminas, quas poterat excludere; hoc autem dicere non finit iuris ratio, *l. merito, ff. pro socio*, ergo valdè difficiles esse debemus in admittendo eã interpretationem, quæ fęminis fauet cum de emphiteusi ecclesię agitur.

5 Quod si eiusmodi esset contractus vt expediret vtrique parti diutius emphiteusim durare, res in contrarium se haberet, & proindè tunc facilè existimandum est, dummodò aliquæ coniecturæ extent, eos nomine filiorum voluisse fęminas continere, idque in proposito rectè admonet Anto. Gabr. *conclus. 6. tit. de verb. signific. num. 99.*

6 Facilius est etiam existimandum filiorum appellatione contineri fœminas, quando emphiteusis donationis causa conceditur, cum donatio, quò ad verborũ interpretationem pertinet, a cæteris contractibus differat, in ipsa enim verba plenius accipiantur, *cap. cum dilecti, de donat.* idque in proposito docent Dec. *in l. 2. nu. 105. vers. tertio prædicta conclusio, de reg. iur.* & alij, de quibus Gabr. *dicta conclus. 6. num. 97.*

7 Multoque magis id dicendum est, cum ecclesia in remunerationem bona aliqua concedit alicui de ipsa benemerito; non modò quia donatio remuneratoria valde fauorabilis est, vt constat ex traditis per Ant. Gabr. *tit. de donat. conclus. 1. nu. 59. & conclus. seq. num. 46.* sed etiam, quia valdè expedit ecclesiæ liberaliter se gerere erga eos, qui ei opem ferunt vt alij, cum opus erit facilius ipsam aduersus improbos tueatur, non semper enim, nec vbique licet, aut expedit rem ad magistratum deferre.

8 Hoc inquam multò magis obseruandum est in donatione ab ecclesia facta ob benemerita, si modò de fraude non dubitetur, cum scilicet est clarũ eos, quibus emphiteusis concessa fuit, sic se erga ecclesiam gessisse, vt iure fuerint existimati digni huiusmodi remuneratione.

9 His expositis examinare nunc oportet eas coniecturas, quæ a nostris afferruntur. Primo autem loco ea occurrit, quam proponit Alex. *in l. sed si hac,*

§.liberos, num.2. ad finem, & num.3. ff. de in ius voc. & ſequuntur ibi Soc.*nu.*xi.Dec.*in l.*x.*nu.* tn5. *verſ. ſecundo concludo, de reg. iur.* Ruin. *conſ.* 1 r4. *nu.*14. *lib.*3. Gabr. *de verb. ſignif. concluſ.*6. *num.*94. Rot. *d. deciſ.* 125. *num.*33. & 35. *par.*2. Rol. *conſ.*93. *a num.* 24. *in* 2. Gabr. *conſ.* 69. *num.* 11. *in* x. vbi teſtatur de cōm. vt ſcilicet maſculinum in emphiteuſi contineat fœmininum, cum aliàs ſequeretur abſurdū, vt magis dilectus a minus dilecto excludatur.

10 Vt vis huius cōiecturæ detegatur, meminiſſe oportet abſurditatē, de qua agimus ex eo depēdere, quòd voluntati diſponentis repugnare videtur, vt is, quem magis dilexit excludatur a minus dilecto, re enim ſimpliciter, & per ſe conſiderata, nullum abſurdum eſt, vt proximioribus excluſis ad emphiteuſim alium vocari, qui ſit extraneus, quia libera eſt facultas contrahentibus ex ijs, qui empbiteuſis capaces ſunt Seium vocare, & Titium excludere.

11 Cum autem in interpretanda conuentione, de qua agimus non ſit conſiderandi ſolummodò mens accipientis, ſed oporteat etiam perpendere mentē concedentis empbiteuſim, vt expoſuimus ſupra num. 1. huiuſmodi coniectura intelligi debet cum aduerſatur menti, & concedentis, & recipienris emphiteuſim, vt remotior proximiorem excludat. Si enim ſolius accipientis menti aduerſaretur, boc non eſſet ſatis, vt a verbor. ſignificat. recedatur, quia (vt dixi) in boc contractu non quæritur quid ſenſerit ille, qui empbiteuſim acquirit, ſed quid voluerit concedere dominus directus a cuius voluntate pendebat fęminas includere, vel excludere.

12 Tunc autem menti concedentis aduerſatur, vt remotior excludat proximiorem, cum adeſt cauſa aliqua, cur alterum magis diligat, ea enim deficiente, cum eius nihil referat empbiteuſim ad remotiorem peruenire, eique vtile ſit citius ad ſe empbiteuſim redire, nemo vtique dicere poteſt eius menti aduerſari, vt remotior excludat proximiores, de quibus agitur; in ineundo enim contractu ſuam, nō proximiorem buiuſmodi vtilitatem reſpexit.

13 Non omitto autem Laderchium *conſ.* 9. *nu.* 17. hanc coniecturam impugnare, cui non aſſentior, ſi rectè, boc eſt, vt declaraui, intelligatur.

14 Si itaque ita concedatur emphiteuſis, vt decedente emphiteuta ſine filijs, liceat ei nominare fęminam extraneam, filiorum appellatione venient fęminæ, quando veriſimile eſt dominum directum dilexiſſe fęminas ex emphiteuta deſcendentes, hoc enim caſu abſurdum illud adeſt, quod in hac ſperie conſiderat Rot. *d. deciſ.* 125. *num.*35. *par.*x. *diuerſ.* vt ſcilicet incredibile ſit dominum voluiſſe concedere emphiteuſim fęminæ extraneę ignotæ, quam denegauit fęminis ei cognitis, & dilectis.

15 Sed ſi non adeſſet cauſa cur diligeret fęminas ex emphiteuta deſcendentes, nulla vtique extat abſurditas, quod ipſis excluſis voluerit ad fœminam extraneam ignotam deuenire empbiteuſim.

16 Cum autem prælatus in rei eccleſiaſticæ alienatione non debeat reſpicere, quid vtile ſit ſuis propinquis, ſed quid eccleſiæ expediat, *Auth. quibuſcunque modis, C. de S.S. Eccl.* ex eo, quod concedens emphiteuſim eccleſiaſticam fuerit ſanguine coniunctus cum emphiteuta, bæc affectio non eſt deducenda, niſi res ſic ſe babeat, vt non referret eccleſiæ, an emphiteuſis trāsferratur in fœminas deſcendentes ex primo acquirente, vel in fœminas extraneas.

17 Non omitto autem in illis ſpetiebus, in quibus coniectura, de qua agimus, locum habet, eam tunc ceſſare cum contrahentes credebant eos, quos magis dilectos eſſe dicimus naſcituros non fuiſſe, vt præclarè ſcribit Gabr. *conſ.*69. *num.* 11. *lib.* x. qui bene etiam *ſub num.* 13. admonet hanc coniecturam ceſſare cum continendo fœminas nomine filiorum maius abſurdum ſequeretur.

De eadem materia. *Cap.* IIII.

1 Secunda proponitur coniectura, cum eccleſia ſoler emphiteuſim concedere maſculis, & fœminis, ſic docuit Iaſ. poſt Imol. *in l. vt liberis, nume.* 11. *C. de collat.* Gabr. *de verb. ſignific. concluſ.* 6. *num.* 105. Menoch. *conſ.*587. *num.*9. & alij de quibus Corbul. *de priuat. ob lineam finitam, nu.* 30.

Fundamentum huius coniecturæ ex ijs dependet, quæ ſcripſimus c. x. a nu. 1 x. dum oſtendimus exiſtimandum non eſſe Prælatum aliter concedere emphiteuſim, ac ſolitum eſt.

2 Cum autem argumentum a conſuetudine eccleſiæ in propoſito non alirer valeat, quam ſi appareat ſolere eccleſiam frequenrius aliqua formula vti in concedenda emphiteuſi, vt poſt Bertazol. *conſ. ciuil.*39. *num.*3 x. probaui loco allegato nu. 14. runc demum bæc coniectura locum babebit, cum adeo frequenter ſolet eccleſia fœminis concedere emphiteuſim, vt poſſit dici regulariter id fieri ab ea ſolere.

3 Hoc autem vbi conſtiterit inſpiciendum erit, an formulæ quibus eccleſia ſolet fœminas continere differant a formula, de qua agimus, ſi enim ſolet in conceſſionibus in quibus fœminæ comprebenſæ fuerunt aliis verbis vti, argumentum a conſuetudine deductum in conrrarium retorqueretur, neque enim credendum eſt formulas, quæ in inueſtituris continentibus fœminas ſolent poni in inueſtitura, de qua agimus, mutatas fuiſſe, niſi id pluſquā manifeſtè id appareat ex iis, quæ ſcripſi, c. x. a nu. x.

Tunc ergo bæc coniectura locum habebit, cum ſolita eſt eccleſia in conceſſionibus, in quibus fœminæ continentur vti verbo, de quo agimus, runc enim rectè dicimus non eſſe credendum Prælarum a more ſuæ eccleſiæ diſceſſiſſe.

4 Secunda coniectura proponitur, cum fœmina emphiteuſim acquiſiuir: tunc enim ne alias videatur fœmina proprium ſexum odiſſe, banc interpretationem eſſe adhibendam docuerint Gozadin. *conſ.*71. *nu.*6. & alij, de quibus Rol. a Valle *conſ.*76. *lib.*3. vbi latè eam exornat.

5 Aduerſus hanc limitationem latè, & acutè diſputat Corbulus *de iure emphit. tit. de cauſ. priuat. ob lineam finitam, a num.*9. *vſque ad num.*30. & adeò clarè hanc opinionem confutat, vt nulla reſtet dubitandi occaſio.

Cum enim indubitatum ſit interpterationem inueſtituræ non eſſe deſumendam ex mente eius, qui illam acquiſiuit, ſed ex mente ipſius, & domini directi, cum ex voluntate vtriuſque pendeat includere, vel excludere fœminas, vt expoſui in c. antecedenti

tecedenti nu. 1. euidenter fragile est fundamentum ex affectione acquirentis emphiteusim erga fœmininum sexum, nisi appareat cum eius voluntate concordauisse voluntatem domini directi.

6 Hoc autem cum non ostendant aduersæ partis assertores, meritò eorum opinionem reijcimus, quod enim eliciunt *ex l. plenum, §. equitij, ff. de vsu, & habit.* debere scilicet intelligi verba secundum conditionem eius, in cuius fauorem dispositio fit, non pertinet ad rem nostram duplici ex causa. Primò, quia textus huiusmodi tractat de dispositione in vltima voluntate facta, nempè de legato vsus, & ideò non potest allegari, cum de interpretatione
7 inuestituræ contenditur, quia quò ad verborum interpretationem pertinet, non valet argumentum affirmatiuè conceptum ab vltimis voluntatibus ad contractus, idque in spetie contractus nostri scribunt Alex. *cons. 61. num. 1. vers. & in hoc præcis. & num. 2.* vbi alios refert *lib. 1.* Ias. *in l. si extraneus, nu. 18. in fine, & num. 19. 20. & 21. de condict. caus. dat. l. Gallus, §. instituens, num. 24. & 25. in prima lectura, ff. de lib. & posth. in l. si quis id quod, nu. 23. vers. tene primam, ff. de iurisd. omu. iud. in l. veteribus, nu. 9. & 10. ff. si cert. petat. in l. pactum inter heredes, nu. 2. & 3. ff. de pactis.* Aret. *in §. fin. num. 1. vers. quarto principali casu, Inst. qui test. tut. dar. poss.* Rol. a Val. *cons. 93. a num. 18. vsque ad num. 22. lib. 2.* Rota *p. 2. diuers. decis. 125. nu. 26. & 28.* & verè meritò, quia cum de interpretatione legatorum, aut fideicommissorum agitur, de dispositione tractatur, in qua testator liberaliter voluit legatario, aut fideicommissario rem suam dare, & proindè cessat illa ratio, quæ in cõtractibus obtinet, quod vtraque pars in ineundo contractu respexerit magis commodũ suum, quàm eius, cum quo contrahit, hoc enim efficit, vt verba contra eum exponantur, cui vtile erat legem apertius dicere, *iuxta l. veteribus, ff. de pact.*

8 Cum de interpretatione conuentionis obscuræ, aut ambiguæ agitur, rem clarius expono; quilibet dicit se verba ea significatione accepisse, quæ conuentionem sibi reddit vtiliorem, huiusmodique allegatio verisimilima est ex vtriusque parte, quia in ineundo contractu quælibet pars satagit, vt conuentionem sibi reddat vtiliorem, vt experientia docet, & probat *l. 8. C. de rescind. vendit.* & proindè veteres iuris nostri auctores cum animaduertissent hanc magnam esse occasionem litium, dum vtraque pars contendit verisimiliorem esse suam allegationem, statuerunt verba obscura, aut ambigua in conuentionibus posita esse contra eum exponenda, cuius intererat clarius ipsa explicari, idque æquissimè, quia cum diligenter soleant homines curare in conuentionibus, vt clarissimè ea exponantur, quæ ipsorum vtilitatem respiciunt, verisimile est eum, cuius intererat clarius verba ambigua, vel obscura explicari, passurum non fuisse ea obscurè, vel ambiguè conscribi si ad eius vtilitatem pertinuisset clarè, & apertè ipsa conscribi.

9 Euidens ergo est id, quod circa legata, & testamentarias successiones receptum est ex qualitate personæ legatarij, aut fideicommissarij ampliari significationem verborum non pertinere ad contractus, quia cum in legatis, & fideicommissis id, quod agitur principaliter fiat in gratiam, & commodum legatarij, & fideicommissarij, cessat illa ratio, quæ vrget in cotractibus, quod quælibet pars diligenter curauerit vtiliorem sibi reddere conuẽtionem; cum enim id, quod inter duos geritur gratia vtriusque æquè principaliter fit, nulla causa est, cur existimemus alterum, vt alterius conditione conuentionem magis congruam redderet sua commoda fuisse oblitum.

10 Altera causa est, cur notata *in d. §. equitij*, non pertineant ad rem nostram, quia huiusmodi assertio habet locum, quò ad ea, quæ respiciunt personam ipsiusmet legatarij, & fideicommissarij, & in his terminis loquitur ille tex. nam agit de vsu equorum cuipiam legato, & ait ratione personæ vsuarij in eo contineri id, quod aliàs non contineretur; non est ergo trahenda assertio ex eo deducta ad fauorem aliarum personarum, etiam si carissimę sint ei, in cuius gratiam latius verba accipiuntur, quia non est bona consequentia, testator dilexit Titium, ergo omnes eos amauit, qui Titio cari erant.

11 Hocque verissimum esse indè euincitur, quia cum maior sit affectio patris erga filios, quàm sit fœminarum erga fœmininum sexum, si dicimus præsumendum esse eos vocatos fuisse ad emphiteusim, quos absurdum est odiosos fuisse ei, qui emphiteusim accepit, etiam si ex propria significatione verborum non contineantur, necessarium est fateri filias viri, qui emphiteusim accepit filiorum appellatione contineri, cum magis absurdum sit eas odio esse patri, quàm mulierem voluisse solos masculos ad eam emphiteusim aspirare, quam ipsa acquisiuit, quod tamen aduersatur communi interpretum sententiæ.

12 Non suffragatur etiam auctoribus huius coniecturæ tex. *in c. 1. de feud. fœmin.* dum ex eo colligũt feudum, quod alias ad fœminas non transit, ad eas pertinere, si a fęmina originem ducat, quia videtur dominus, dum primo feudum fęminæ concessit, derogauisse regulis iuris feudalis excludentis fęminas, quia sic postulat qualitas eius, cui ipsum concessit. Non suffragatur inquam. Primò, quia valdè dubium est, an sit necessarium, vt dispositio huiusmodi textus habeat locum, vt spetialiter fęminæ fuerint vocatæ; hoc enim esse necessarium docuerunt *gloss. 1.* ibi Andr. de Isern. *nu. 2.* Afflict. *nu. 13.* vbi testatur de com. Isern. rursus *in c. 1. num. 10. de successs. feudi*, vbi Balzaranus *num. 12. & in cap. 1. §. filia verò, num. 9. de successs. feud.* Laudens. Præpositus, Blancus, Ardizon. Card. Zabarella, Thomas Minaduuus, de quibus Rosental. *de feudis c. 7. concl. 35. gloss. E.* qui multis, vrgentibusque rationibus suam tutantur opinionem.

13 Et licet receptior opinio contrarium doceat, nõ tamen adeò hæc res clara est, vt indè possit sumi argumentum veluti ex re perspicua, idque in re nostra, cum argumentamur a feudo ad emphiteusim, rectissimè scribit Surd. *decis. 188. ante num. 5.* quod enim dicitur communes DD. resolutiones in alijs materijs loquentes esse supponendas, intelligi debet sano modo, si modò aduersus opinionem communem non extent auctores numero, vel auctoritate præstãtissimi, qui eam suspectam reddãt, prout contingit in spetie nostra, in qua aduersus communiorem sententiam stant gloss. Isernia, &

alij

alij præstantiores iuris feudalis interpretes; aliam enim opinionem, qui tutantur, licet numero prædictos excedant, auctoritate tamen, quantum ad vsus feudales pertinet, non adæquant, vt videre est apud Rosental. *loco allegato gloss. D.* ex quo facilè etiam intelliges plerosque eorum in consilijs, seu responsis iuris, nec quidem ex professò id scripsisse, vt propterea eorum traditiones tantam non habeant auctoritatem, vt possint reddere perspicuū id, quod ab eminentioribus feudistis, velut falsum redarguitur, constat enim ea, quæ in responsis iuris scribuntur non veritatis indagandæ gratia plerūque scribi, sed in gratiam clientis.

14 Secundò non suffragatur aduersarijs huiusmodi textus, quia feudum, & emphiteusim quantum ad interpretationem verborum pertinet, differunt, quia in emphiteusi stricta interpretatio fit in fauorem acquirentis, in feudis autem lata, cum feudum beneficium sit, Bart. *in l. liberorum, num. 7. de verb. signific.* Alex. *in l. Gallus, §. instituens, num. 8. versic. non obstat, ff. de lib. & posth.* vbi Ias. *in prima lectura, num. 28. in fine, & num. 29. & in secunda, num. 12. vers. secundo aduertè.* Idem Ias. *in l. de quibus, nu. 2. vers. item adde, ff. de legibus, in l. si extraneus, nu. 23. ff. de condict. caus. dat.* Alex. *cons. 17. nu. 4. & 5. lib. 5.* Paris. *cons. 20. num. 23. lib. 1.* Ruin. *cons. 203. nu. 22. ante vers. non obstat, & num. 26. in fine lib. 2. & cons. 105. num. 8. in fine vers. vel secundo, & num. 9. lib. 3. & cons. 167. num. 8. lib. 5.* Rolan. *cons. 93. num. 28. & 29. lib. 2.* Alciat. *in l. liberorum 220. ad finem, ante vers. qua ratione, de verb. signif.* D. Fachin. *lib. 7. controuers. c. 75. post medium.* Rosental. *de feudis cap. 6. concl. 28. num. 3.* sicque in spetie nostra rectissimè admonet Corbulus *loco allegato nu. 13.*

15 Et ideò non rectè ex dicto textu argumentum colligitur ad effectum, vt fęminæ, quæ aliàs non veniunt appellatione filiorum, contineantur in inuestitura, de qua agimus, cum emphiteusim fęmina acquisiuit. Cætera, quæ pro eadem opinione afferuntur, satis, superque confutantur a Corbulo, & ideò ad alias coniecturas examinandas me transfero.

De eadem materia. Cap. V.

1 TErtia coniectura, quę adfertur, vt appellatione filiorum in emphiteusi veniant fęminæ deducitur ex eo, quod prima inuestitura fęminas continet, sic docuit Corbul. *de priuat. ob lineam finitam, a nu. 7.* post Dec. *cons. 193. num. 3. & cons. 185. nu. 3. vers. non obstat, & cons. 468. nu. 27.*

2 Mouentur ex receptissima, & certissima nostrorum traditione, quod posteriores inuestituræ ex prima declarantur, cum ex ea dependeant, vt præter DD. a Corbul. allegatos tradunt Hieron. Gabr. *lib. 2. cons. 80. num. 20.* Bertazol. *cons. ciuil. 12. nu. 63. & 64. & cons. 89. num. 17.* Andr. Gail. *lib. 2. obseru. 49. nu. 3.* & alij passim.

3 Et proindè si tractaretur de inuestitura concessa circa rem deuolutam ad dominum directum, aliud erit obseruandum, quia cum noua sit concessio, non est eius tenor declarandus ex inuestitura, quæ expirauit.

Non habebit etiam locum huiusmodi traditio, cum lite vertente inter dominum, & emphiteutam per transactionem res composita est; si enim in inuestitura tunc facta filiorum mentio fiat, non erit eius significatio amplianda ex prima inuestitura, quia cum huiusmodi transactiones fiunt; solent emphiteutæ de iure suo aliquid remittere, *iuxta l. 1. ff. de trans.* & proinde iusta causa est existimandi hac in re recessum fuisse a prima inuestitura, vt dominus a lite discederet. An autem fęminis vocatis in prima inuestitura noceat huiusmodi transactio non est huius loci tractatio.

4 Quarta coniectura desumitur ex obseruantia, cū in emphiteusi concessa filiis admissæ fuerunt fęminæ, iuxta tradita per Gabr. *lib. 2. cons. 66. num. 24. & num. 58. & cons. 76. nu. 16.* obseruantia enim plurimum valet ad declarandum quid inter partes actum fuerit, vt post alios luculenter exponit Becc. *cons. 101. num. 49.* & alij passim.

5 Cum autem ea, quæ DD. tradunt de obseruantiæ subsequutæ potestate, tunc demum habeant locum, cum contrahentes id fecerunt, nulla alia ex causa moti, quam quia credebant sic contractum esse intelligendum, aliàs iniquissima traditio esset. Doctrina allegata non pertinebit ad id, de quo agimus, cum adest occasio credendi dominum directum passum fuisse fœminas succedere in emphiteusi, quia non credebat sibi expedire litem contra emphiteutam mouere, nec quando propter magnā amicitiam, aut consanguinitatem procliuis erat ad ea, quæ ad commodum emphiteutæ pertinebant, nec quando erat vir simplex, aut negligens malæ valetudinis, alijsvè negotijs valdè implicatus; quia tunc dubium valdè redditur, an ipse id passus fuerit, quia credebat sic contractum esse intelligendum, vel aliqua ex causis allegatis, quod vbi accidit a verbis nō recedimus, *l. non aliter, de leg. 3.* hocque
6 in emphiteusi ecclesiæ facilius recipiendum est, nō modò, quia ecclesiasticæ personæ plerunque lites suscipere auersantur, sed etiam, quia sępè accidit, vt in rebus suis curandis, & tuendis, diligentiores sint laici, quam sint Rectores ecclesiarum in vindicandis rebus ecclesiæ ab iniustis possessoribus; idque potissimum obtinet in Prælatis regularibus, qui cum modico tempore eidem Monasterio præesse soleant, & ex litibus nihil præter impensas, & incommoda expectent, facilius plerunque sinunt res ecclesiæ pęnes iniustos possessores manere, quā faciant Rectores secularium ecclesiarum.

7 Quod si nulla ex his causis adsint, tunc distinguendum est, an viuente eo, qui emphiteusim concessit fęminæ successerint, aut eo defuncto, si eo viuente huiusmodi coniectura apud me plurimum valet, neque enim ipse passus fuisset fęminā succedere, nisi in concessione eius mentis fuerit, vt fęminæ etiam succederent.

8 Quod si eo mortuo id euenerit, tunc existimo huiusmodi obseruantiam non suffragari, quia, cum interpretatio contractus huiusmodi sit desumenda ex mente concedentis, ex eo, quod eius successor gesserit, non poterit desumi coniectura eius voluntatis, qua deficiente, certum est non potuisse eius successorem admittere fęminas in damnum ecclesiæ, hocque habere locum puto etiam si longissimo tempore id fuerit obseruatum, cum eadem ratio

tio

tio militet, si modo nõ adsit præscriptio, quæ quan do completa dicatur ad effectum de quo agimus, non est huius loci pertractare.

9 Quinta coniectura est, quando emphiteusis fuit concessa Titio, & personis nominandis, & earum filiis, cum enim concedens non fecerit distinctionem inter sexum, & sexum, quò ad primos acquirentes, non videtur etiam fecisse quò ad eorum filios, & de hac coniectura actum fuit ab amplissima Rota Romana in Romana domus 28. Maij 1608. coram R. P. D. Manzanedo.

10 Vt intelligamus, quid de hac coniectura sentire debeamus, præmitto non valere hanc consequentiam, concessio emphiteusis in hac parte continet fœminas, quia verba communia sunt vtrique sexui, ergo etiam continebit in aliis partibus, in quibus posita fuerunt verba propria sexus masculini; imò argumentum retorquetur, dicēdo si voluissent fœminas in his etiam partibus vocare verbis communibus vtrique sexui vsi fuissēt, ex eo enim quod in altera parte scriptum est, per verba vtrique sexui communia, apparet contrahentes verba propria vtriusque sexus noluisse confundere, vt bene explicat Alex. *conf.* 234. *nu.* 5. & 6. *lib.* 6. & *conf.* 45. *nu.* 9. *lib.* 7. Ant. Gabr. *de verb. signif. concl.* 6. *nu.* 58.

11 Secundo præmitto non aliter recedendum esse in vltimis voluntatibus a verb. signific. quàm si eui dens sit voluntas defuncti, vt dictis verbis habetur *in l. non aliter, de leg.* 3. multò minus ergo recedendum erit in contractibus, quia largius tractamus cum testatoribus, quā cū contrahentibus, *l. in testamentis, de reg. iur. c. cum dilecti, de consuetudine*, vbicunque enim res non est clara, verba in contractibus exponuntur contra eum cuius interest legem apertius dicere, *l. veteribus, ff. de pact.* & scripsi latè supra antecedenti a nu. 11.

12 His præmissis dupliciter disputari potest de hac coniectura. Primò, cum is, ad quem nominare spectabat, masculum nominauit. Secundò, cum nominauit fœminam.

Si agatur de spetie, in qua nominatus fuerit masculus, huiusmodi coniectura nihil valet, cum enim mala consequentia sit, concedens emphiteusim nō curauit, an is, qui nominandus erat esset masculus, vel fœmina, ergo etiam non curauit an filij eius essent masculi, vel fœminæ, nulla adest causa cur dicamus dominum appellatione filiorum voluisse fœminas continere, & proindè nulla causa est, vt a regula recedamus.

13 Mala inquam consequentia est, quia non referrebat domino, an is, qui nominabitur sit masculus, vel fœmina, cum omnes qualitates, quæ in masculo reperiuntur, quantum ad rem nostram spectat in fœmina possint reperiri, & econtra: plurimū tamen refert, an fœminę veniant filiorum appellatione, quia hac ratione tardius emphiteusis ad dominum reuertetur; non valet ergo argumentum dominus directus, quò ad personam nominādam, non curauit an esset masculus, vel fœmina, ergo etiam non curauit quò ad eius filios.

14 Si verò agatur de ea spetie, in qua fœmina fuit nominata, res redigitur ad eam, de qua suprà diximus, coniecturam, quod scilicet filiorum appellatione veniant fœminæ, cum emphiteusis fuit, a fœmina acquisita, & ideò quæ circa eam supra diximus hic repetita sunto.

15 Addo insuper notata *in l. plenū, §. equitij, de vsu, & habit. in c. 1. de feudo fœmina*, & alia, q pro confirmatione d. limitationis adducuntur, fundari in dilectione eius fœminæ, cui emphiteusis, vel feudum fuit concessum, si enim supponamus nullam circa personam earum considerari dilectionem, magis quam consideremus, cum a viro emphiteusis, vel feudum acquiritur, nulla certè causa est, cur velimus in fauorem fœminæ acquirentis largius verba accipere, quàm alias fiat; & proindè huiusmodi limitatio non pertinet ad spetiem nostram, in qua huiusmodi dilectio considerari non potest, cum fœmina, de qua agimus, ignota fuerit ei, qui emphiteu sim concessit, & proindè etiam si admittamus huiusmodi limitationem veram esse, tamen quò ad rem nostram nihil refert, & ideò indistinctè erit in hac spetie contra fœminas respondendum.

16 Quod si ageretur de emphiteusi concessa pro ca none correspondente fructibus, prout accidit plerunque in concessionibus domorum, quæ Romæ fiunt in emphiteusim, cum non referat ecclesiæ, an res, pœnes hunc, vel illum maneat, admitti potest argumentum illud; dominus non curauit, an primi acquirentes essent masculi, vel fœminæ, ergo etiam non curauit, an filij eorum essent masculi, vel fœminæ, & in his terminis procedit id, quod fuit in fauorem filiarum fœminarum decisum in d. Romana Domus 28. Maij 1608. coram R. P. D. Manzanedo.

17 His accedit, quod cum agimus de emphiteusi concessa fœminæ eiusque filijs, non possumus dicere contrahentes curauisse, ne nomina propria vtriusque sexus confunderentur, prout dicimus de contrahentibus, de quibus agimus, quia dum de ijs egerunt, qui poterant nominari, vsi fuerunt verbo communi vtrique sexui, dum verò de filijs egerūt vsi fuerunt verbo proprio sexus masculini, & ideò in hac spetie habet locum, id quod docet Alexan. *d. conf.* 234. *num.* 5. & 6. *lib.* 6. quod scilicet fœmininum non veniat appellatione masculini etiā si alias veniret cum contrahentes in alia parte dispositionis curauerunt, ne nomina propria vtriusque sexus comprenderent.

18 Sexta coniectura pertinet ad eum, qui vnicam filiam habet, & in eiusmodi ætate est, vt non adsit spes alios liberos suscipiendi, tunc enim appellatione filiorum ex verisimili mente venire fœminas post Hip. de Marsil. *in l.* 1. *§. si seruus, ff. de quæst.* scribit Ant. Gabr. *de verb. signific. conclus.* 6. *nu.* 91. & sequutus fuit Menoch. *conf.* 588. *num.* 12. *vers.* & *in spetie*.

Pro fœmina vrget, quod aliàs superflua fuisset huiusmodi clausula, quod non est admittendum, vt post alios tradiderunt Ruin. *lib.* 1. *conf.* 45. *nu.* 14. & 16. *ad finem vers.* & *non est verum*, Corbul. *de priuat. ob lineam finitam, num.* 93. *ad finem*.

19 Contra fœminam verò vrget, quod possibile erat eum filium masculum suscipere, & quia non est verisimile eum, qui accepit emphiteusim, non curauisse, vt vnicam, quam habebat filiam nominatim exprimeret, maximus enim solet esse amor parentum, qui liberos non sperant suscipere, erga eum,

eum, quem superstitem habent, & ideò diligentissimè solent in ijs versari, quæ ad eorum spectant commodum.

20 Si versaremur in ea spetie, in qua appellatione filij veniret nepos, & is, de quo agimus haberet, vel habere posset nepotem, qui in dicta inuestitura contineretur, res explorata mihi videtur contra fęminam, quia argumentum ex superfluitate deductum pœnitus cessat. Nec enim incongruum videri debet, vt quis nepotem in ea re magis diligat, quàm filiam, cum multæ adesse possint causæ, cur id fieri conueniat, & quotidiè videamus homines exclusis proprijs filiabus, hæreditatem relinquere agnatis, qui familiam, de qua solent homines esse solliciti, conseruant. vide Card. Mantic. *de coniect. lib.6. tit.11. num.13. & num.15.*

21 Quod si extra hanc spetiem versemur, iuris rigor contra mulierem vrget, imputandum enim eius pater videtur, cur legem apertius non dixerit, pro muliere tamen æquitas pugnat, cum incredibile sit contrahentes de ijs filijs sensisse, quorum spes apud eos non erat, & proindè huic sententiæ adhæreo, iuxta regulam *l. in conuentionibus, ff. de verb. signif.* si modò clarè admodum appareat spē nullam filiorum habuisse eum, qui emphiteusim acquisiuit.

22 Septima coniectura deducitur ex statuto fęminas excludente, de qua agunt Crot. *cons.146. a nume.20.* Menoch *cons.587. a nu.13.*

Cum autem statutum huiusmodi pro conseruatione familiarum factum, non tangat dominum directum, qui de conseruatione suæ familiæ non agit, sed de ineundo contractu sibi proficuo, meritò dicimus statutum huiusmodi non esse allegandum ad mentem eius explicandam. Etiam si ergo verisimile sit stipulantem emphiteusim, qui sollicitus est de familiæ suæ conseruatione, cum eius dispositione se conformauisse, nihil tamen in hac re eius mens facit, cum ad declarandum inuestiturā inspiciatur mens vtriusque concedentis, nempè, & accipientis, vt exposuimus supra c. antecedenti nu.1. & proindè ex hoc statuto nihil colligi potest, quod satis sit ad explicanda verba inuestituræ in damnum domini directi, vltra id, quod verborum significatio, & natura contractus postulat.

Creditor, cui omnia bona sui debitoris obligata sunt, an possit agere contra posteriorem creditorem, qui pecuniam a communi debitore sibi solutam, bona fide in alium transtulit. Cap. VI.

1 AN creditor, cui obligata sunt omnia bona sui debitoris, possit agere contra posteriorē creditorem, cui communis debitor nummos aliquos soluit, cum pecunia huiusmodi citra eius dolum extare desijt in amplissimo Consilio Neapolitano Summorum Iurisconsultorum perpetuo Seminario fuit olim discussum, reque maturè examinata consilium contra primum creditorem sensit, vt legitur apud Afflict. *decis.190.*

2 Aduersus hanc opinionem insurrexit Beneuenutus Stracca *in tractatu de Doctoribus, par. vltima, num.18.* contendens eam a iuris ratione abhorrere, & cum ipso sentiunt Surd. *cons.4. num.24. 25. & 42. & cons.436. num.9. in fine, & num.10.* Petrus Barbos. *ad l.1. par.6. num.20. post medium, vers. ex quibus iam infertur, & num.21. ff. sol. matr.* D. Fach. *lib.12. controuers. c.53.* Fęlicianus a Solis *de censibus lib.3. cap.5. num.17.* & alij de quibus Thesaur. *quæst. Forens. lib.1. cap.16. num.8.* P. Io. Fontanella *de pact. dotal. tom.2. claus.5. gloss.8. p.7. num.58.*

3 Neapolitani Consilij opinio verior est, & dubio procul receptior, nam secundum ipsam sępius fuit in eodem Consilio iudicatum, vt referunt Vrsill. *ad d. decis.190. num.5.* Capic. *decis.78.* secundum eandem sententiam iudicauit, & Rota Romana Iurisprudentiæ lumen clarissimum, vt constat ex *decis.548. lib.3. par.3. diuers.* ex Marescot. *lib.2. var. c.36. num.7.* necnon Senatus Pedemontanus, teste Thess. *d. quæst.16. nu.11.* & Senatus Aragoniæ, teste Petro Io. Fontanella *in d. tract. de pact. dotalib. tom.2. claus.5. gloss.8. par.6. num.47. & 48.* eandem sententiam plurimi ex nostris Doctoribus sequuti fuerūt, vt videre est apud Peregr. *de iure fisci, lib.6. a num.8.* Menoch. *cons.25.* Cartar. *decis. Genuæ 19.* apud Andr. Mollersum *ad consuet. Neap. par.4. de success. ab intest. q.26.* Thessaur. *quæst. Forens. lib.2. q.16.* Marescot. *d. c.36.*

4 Veriorē nunc eam esse, quæ nostræ partes sunt, ostendamus. Quod pertinet ad actionem hypothecariam, constat aduersus eum, de quo agimus eam non posse exerceri, cum non possideat, nec dolo desierit possidere pecuniam, de qua agimus, nam, vt ait I. C. *in l. si fundus 16. §. in vindicatione, ff. de pignoribus.*

In vindicatione pignoris quæritur, an rem, de qua agitur possideat is, cum quo actum est, nam si non possidet, nec dolo fecit, quo minus possideat, absolui debet.

Cum enim hypothecaria sit actio realis, *§. item Seruiana, Inst. de act.* non patitur eius natura, vt exerceatur aduersus eum, qui nec possidet, nec pro possessore habetur *l. actionum genera 24. ff. de act. & oblig. §. actionum, Inst. de act.*

5 Actione etiam personali conueniri non potest, cum secundus creditor, nec contraxerit, nec quasi contraxerit cum primo creditore, nec successor sit eius, qui cum eo contraxit, iuxta tex. *in d. l. actionū genera, & in d. §. omnium.*

6 Condictio autem ex lege ideò non potest competere; quia nulla extat constitutio id decernens; huiusmodi enim condictio tunc habet locum, cum extat constitutio spetialis super eo, de quo agitur *l. vnica, &* ibi DD. *de condict. ex lege.*

7 Multò minus competere potest condictio indebiti, aut sine causa, quia condictio indebiti cessat, quando is, aduersus quem agitur obligatum eum habuit a quo rem accepit, *l. naturaliter 13. ff. de condict. indebit.* & exploratum est. Condictio autem sine causa non potest proponi, cum ad fuit causa tradendi id, quod fuit traditum *l.1. ff. de condict. sine causa.* & ideò in spetie, de qua agimus, non potest adhiberi, cum is, qui pecuniam tradidit, pro suæ obligationis satisfactione id fecerit.

8 Diluamus nunc ea, quæ ex aduersò proponuntur. Primo loco vtuntur auctoritate *l. fin. §. & si præfatam, C. de iur. delib.* dum inquit.

Sin verò creditores, qui & post emensum patrimonium, nec dum completi sunt, superueniant, neque ipsum

sum hæredem inquietare concedimus, ac que eos, qui ab eo comparauerant res, quarum pretia in legata, vel fideicommissa, vel alios creditores processerunt, licentia creditoribus non deneganda aduersus legatarios venire, & hypothecis, vel indebiti condictione vti, & hæc quæ acceperint recuperare.

Dum Iustinianus vetat creditoribus agere contra emptores rerum hæreditariarum, nullum vtique aduersus nostram sententiam præstat argumētum; ea posteriore itaque parte argumentantur aduersæ partis assertores, ex eoque argumentum colligunt, quòd Iustinianus concedit creditoribus per actionē hypothecariam, cōdictionemque indebiti repetere pecunias ab hærede legatarijs solutas, cum ea rebus hæreditatijs non potest ipsis satisfieri.

9 Respondeo textum agere de legatarijs, quibus, vel res hæreditariæ, vel pecunia hæreditaria fuit ab hærede tradita, vt constat ea illis verbis, *& hæc quæ acceperint recuperare*, & ideò dum dicit eis licere hypothecis vti, vel condictione indebiti, intelligi debet suppositis terminis habilibus, idest in illis casibus, in quibus secundum ius nostrum licet hypotheca vti, vt sit sensus licere creditoribus, cum res hypothecatæ extant apud legatarios, persequi ipsas actione hypothecaria; cum verò non extant, debere legatarios condictione indebiti conueniri. Absurdum enim est existimare Iustinianum, qui non sine præfatione leges veteres corrigere solet, adeò obscurè introducere voluisse aduersus iuris rationem, vt creditores possent vti hypothecaria, cum legatarij non possident, nec dolo desierunt res obligatas possidere, & quidem sine necessitate, quia secundum iuris rationem id per condictionē indebiti fieri potest; constat enim condictionem indebiti pertinere ad eos, qui ex causa legati aliquid acceperunt, cum deinde constat indebitè id eis fuisse datum, *l. 2. §. 1. & l. sequenti, ff. de cond. indebit.*

10 Secundo respondeo maximam in hac materia constitui differentiam inter eum, qui titulo lucratiuo pecuniam accepit, & eum, ad quem ea titulo oneroso ipsa peruenit; cum enim agitur de eo, qui pecuniam titulo lucratiuo nactus est longè facilius, ei pecunia a creditoribus auffertur, vt exponūt Vr sill. ad Afflictum *d. decis. 190. num. 5.* Gutier. *pract. qq. par. 2. quæst. 101. num. 9.* Grammat. *quæst. 1. nume. 7. post decis.* Cefal. *consl. 86. num. 17.* Tellus Fet dinandez *in l. 32. Tauri, num. 9.* Menoch. *consl. 25. a num. 13.* Capic. *decis. 78. nume. 7.* Trentaeinq. *var. resol. lib. 3. tit. de solut. c. 23. na. 7. vol. 1.* Carocc. *decis. 109. num. 45.* quos refert, & sequitur Fontanella *d. clausl. 5. gloss. 8. p. 7. aa. 54.*

11 Hucque pertinet doctrina Bar. *in l. 1. ad finem, ff. de distract. pign.* dum quærit, an secundus creditor, qui rem priori creditori obligatam sibi a debitore traditam bona fide distraxit, possit a priori creditore conueniri ad restituendum pretium, distinguit enim inter eam partem pretij, quæ apud eum titulo lucratiuo manet, & eam, quam habet pro satisfactione sui crediti, in hac parte negat eum conueniri posse, in illa verò concedit, Bar. que sequuntur Fuligos. & Salicet. ibi Alea. *consl. 108. num. 10. lib. 5.* Negus. *de pignor. p. 2. membro 4. nu. 58.*

Non potest ergo id, quod deciditur *in d. §. & si præfatam*, trahi ad rem nostram, cum agamus de eo, cui ex titulo oneroso pecunia fuit tradita.

12 Secundum argumentum, quod pro huiusmodi sententia adsertur, est eiusmodi. Pecunia in genere hypothecari potest, *l. idem quæ, §. fin. ff. qui pot. in pignor. hab.* & pecunia in genere debita nunquam potest dici extincta, quia genus perire non potest, *l. incendium, C. si cert. pet.* poterit ergo hypothecaria actione creditor anterior persequi pecuniam secūdo creditori solutam, eum transeat eum sua causa *c. ex litteris, de pignor.* quasi semper extet, *iuxta l. si fundus, §. in vindicatione, ff. de pignor.*

13 Hoc argumentum, bona venia dixerim, manifestam contineat fallaciam, dum enim dicitur in eo pecuniam, quæ secundo creditori traditur, in eum eum sua causa transferri, agitur de certis, & particularibus corporibus pecuniæ, dum verò deindè dicitur pecuniam in genere perire non posse, mutantur termini, quia termo tractans de certis corporibus pecuniæ, transfertur ad pecuniam in abstracto consideratam, quod fieri non debet, quia maximè refert, quò ad rem nostram, pecuniam in abstracto, vel in concreto considerare; cum enim agimus de certis, & particularibus nummis, rectè dicimus eos consumi posse, & eos non extare; cum verò pecuniam in genere cōsideramus, id non possumus dicere, quia genus perire non potest, *d. l. incendium, C. si cert. petat.*

14 Tertio loco adfertur *l. 5. C. de priuileg. fisci*, dum dicit licere fisco pecuniam solutam posteriori creditori auferre, cum ex bonis debitoris ei satisfieri non potest.

Respondeo hoc ius singulare esse in fisco, & ideò non posse ab alio allegari, *iuxta l. 1. ff. de const. Princip.* verum, quia gloss. & alij aliud putant, & res quotidiana est, bene erit luculenter de hac re tractare.

15 *Pecunia, quam creditor a debitore suo recepit, si postea ex iusta causa sit fisco restituenda, siue vsuris debetur, quia non sciens contractum, sed suum recuperatam extraordinario iure auffert.*

Sunt verba *l. pecunia 5. C. de priuileg. fisci.* circa quam dubitatur, an hoc ius sit particulare priuilegium fisci alijs non competens creditoribus, etiam si prælationis priuilegium habeant, de qua re tractant gloss. & DD. ibi Couar. *pract. qq. c. 19.* Surd. *consl. 4. num. 26.* Peregr. *de iure fisci lib. 6. a num. 8.* Barbol. *ad l. 1. par. 6. nu. 23. ff. sol. matr.* Trentaeinq. *var. resol. lib. 1. c. 7. a num. 15.* Ant. Theff. *qq. Forens. lib. 2. q. 16. a nu. 4.*

16 Et quod pertinet ad creditores hypothecarios iure communi vtentes, euidens est, secundum iuris rationem eis non competere hoc ius, quia vis, & potestas hypothecariæ actionis in eo consistit, vt possit creditor rem sibi obligatam persequi vbicunque illa reperitur, *§. item Seruiana, Inst. de act.* & proindè huiusmodi actio vi sua non potest contra eos intentari, qui non possident verè, vel iuris interpretatione, *l. si fundus 16. §. in vindicatione, ff. de pign.* & quò ad hos creditores sic sentiunt magis communiter DD. dum scribunt pecuniā solutā posteriori creditori non posse recuperari ab anteriore creditore in vim suæ hypothecæ, quos retuli ou. 3.

Hocque

17 Hocque conforme eſt opinioni gloſſæ in hac lege, in verbo extraordinario iure, dum docet pecuniam poſteriori creditori ſolutam, ſi non extet, recuperari, non per actionem hypothecariam, ſed per condictionem *ex d. l. pecunia*, quod etiam docet ibi Salic. *num. 3.* & cæteri non diſſentiunt; condictio enim huiuſmodi ius ſingulare ſupponit *l. 1. C. de cond. ex lege.*

18 Quod autem ſpectat ad creditores hypothecarios priuilegium prælationis habentes, hac ratiocinatione idem euidentiſſimè probatur. Prælationis priuilegium creditori hypothecario competēs non eſt ſatis ad conueniendum eum, qui rem obligatam, nec poſſidet, nec dolo deſijt poſſidere, ergo ius recuperandi pecuniam, de qua agimus, non deducitur ex prælationis priuilegio, ſed aliundè venit.

Antecedens ex eo probatur, quod prælationis priuilegium conceditur actioni, quæ creditori cōm petit, vt conſtat ex *l. aſſiduis, C. qui pot.* ergo huiuſmodi priuilegium non poteſt habere locum, vbi actio ipſa non poteſt intentari, quia qualitas non poteſt ſtare ſine ſubiecto; cum itaque hypothecaria ad eos non pertineat, qui nec poſſident, nec dolo deſierunt poſſidere, nec priuilegium prælationis aduerſus eos poterit exerceri.

19 Præterea, vt creditor iure prælationis vti poſſit, neceſſe eſt, vt reus poſſit à iudice condemnari, hoc autem fieri non poteſt, niſi actio contra eum competens intententur, ergo prælatio conceſſa hypothecis quibuſdam, ſupponit eum, aduerſus quē agitur, poſſe hypothecaria conueniri. Non poteſt ergo hoc priuilegium efficere, vt pecunia, quæ non extat penes poſteriorem creditorem, ab eo extorqueatur, cum aduerſus eum non extendatur poteſtas actionis hypothecariæ.

20 Ad eandem ſententiam confirmandam pertinet *l. de forte 18. §. fin. ff. de iure fiſci*, dum ait.

Papinianus, idem lib. 6. quàm 11. reſponſorum, ſcribit ita demum publicam pecuniam auferre ei, qui cum erat creditor, in ſolutum pecuniam accepit, ſi aut ſciebat, cum acciperet publicum quoque debitorem eſſe, aut poſtea cognouit, cum poſtea conſumeret pecuniam.

Cum exploratiſſimi iuris ſit hypothecariam exerceri aduerſus eum, qui bonæ fidei poſſeſſor eſt, *§. item Seruiana, Inſt. de act.* euidenter apparet Papinianum nō exiſtimaſſe pecuniam, de qua agitur, per actionem hypothecariam reuocari, quia huiuſmodi diſtinctionem non feciſſet.

21 Exploratum quoque eſt creditores habentes hypothecam cum prælatione, omiſſa bonæ, vel malæ fidei diſtinctione, aduerſus omnes habere ius prælationis, aliàs maior eſſet poteſtas hypothecæ ſimplicis, quàm ſit eius, quæ priuilegium habet, ſenſit ergo Papinianus, nec ex priuilegio prælationis huiuſmodi creditorem cōueniri, quia tunc multò magis ab hac diſtinctione abſtinuiſſet; ſi ergo Papinianus exiſtimauit hoc ius oriri aliundè, quam ex hypotheca eiusvè priuilegio, idem nos exiſtimare æquum eſt.

22 At dices immò nos a Papiniani ſententia recedere debere, eum non fuerit ab alijs recepta; inquit enim l. C. *ſed placet pecuniam omninò auferren dam eſſe, etiam ſi ignorauit, cum conſumeret*: quia reſpondeo Papiniani ſententiam non reijci, quaſi cōtraria ſit iuris rationi, ſed quia receptum fuit per priuilegium fiſci ſine diſtinctione pecuniam huiuſmodi recuperari poſſe; hoc enim ſignificat verbū illud placet, *l. 4. in principio, ff. de pact. l. 4. ff. de iure codicill. l. 3. §. quando autem, de iure fiſci*, & ideò nemo mirari debet ſi Vlp. rationem non allegauerit cur a Papiniano recedat, quod tamen facere ſolet, vt conſtat ex *l. 8. §. ſed quod Papinianus, ff. de min. l. nec non 28. §. ſi cum, ff. ex quib. cauſ. maior. in l. 3. §. ſed vtrum, ff. de iudicijs, in l. Iulianus 28. ff. de rei vindic.* & alibi paſſim.

23 Ad noſtram ſententiam firmandam pertinent illa verba, *ſed ſuum recuperatum extraordinario iure auffertur*, quorum ſenſus, vt elucelcat, conſidero, huiuſmodi ius extraordinarium referri poſſe, vel ad modum agendi, vel ad facultatem huiuſmodi pecuniam perſequendi, etiam ſi bona fide fuerit conſumpta.

Ad modum agendi ea referrūt ibi Azo. *in Summa, num. 5.* Salic. *in fine*, & Cuiac. *nec ab his diſcordat* Odofredus, dum ait fiſcum extra ordinem pecuniam recuperare.

24 Ad facultatem autem recuperandi ea referrunt Bal. dum ait, nota ibi textum *extraordinario iure*; illud, quod quis ex priuilegio facit extraordinariè facere, & cum eo ſenſit etiam Caſtr. *num. 3.* hoc etiam placet Petro Barboſ. *loco allegato, num. 23. in fine.*

Si priorem expoſitionem retinemus, euidens eſt, ea ſpetiali priuilegio fiſci hoc fieri, ſi enim vi, ac poteſtate hypothecariæ actionis id fieret, fiſcus modis ageret ordinarijs, quemadmodum accidit in muliere, & alijs habentibus priuilegiatas hypothecas, cum enim ipſis vtuntur ordinario iure, quò ad modum agendi eos vti nemo eſt, qui ambigat;

25 hanc autem expoſitionem veriſſimam eſſe facilè intelligemus, ſi diligenter totum contextum perpendemus, qui ſic inquit. *Pecunia, quam creditor a debitore ſuo recepit, ſi poſtea ex iuſta cauſa fiſco reſtituenda erit, ſiue vſuris debetur*; eiuſque rei rationem tex. reddit his verbis, *quia non fœnus contractum, ſed ſuum extraordinario iure recuperatum auffertur*: verbum *auffertur* dubio procul refertur ad fœnus, vt ſit ſenſus, quia non fœnus auffertur, ſed ſuum extraordinario iure recuperatum; cum itaque modus recuperandi id, quod nobis debetur, reſpiciat modum agendi, nō eſt dubitandum illa verba extraordinario iure ad modum agendi eſſe referenda.

26 Concludo itaque in hac lege contineri priuilegium ſpeciale fiſci, quo propterea non poterit quiſpiam vti, qui per conſtitutionem idem ius non obtinuerit, hancque ſententiam etiam probat Magnus Cuiacius in huius legis explicatione, *& in l. 19 20. & 21. ff. de iure fiſci, & lib. 10. Reſponſ. Papin. ad l. 19. ff. de iure fiſci, & lib. 11. eiuſdem Pap. Reſpon. & ad l. 20. eiuſdem tituli de iure fiſci*, qui inſuper admonet textum noſtrum non eſſe intelligendum de poſteriore creditore habente hypothecam, ſed de creditoribus hypothecam non habentibus, aduerſus quos facilius veteres legum noſtrarum conditores prælationē concedebant *l. aſſiduis, C. qui pot. in pignor. hab.* fiſcus enim aduerſus hypothecarios creditores

ditores iure communi tunc temporis vtebatur, & hodie etiam vtitur *l. 2. C. de priuil. fisci, l. si fundus, ff. qui potior. in pigno. hab.* de quo inferius c. . . . vbi ex professò hac de re tracto, & ideò re subtiliter considerata, nec fisco quidem licebit à posteriore creditore hypothecario pecuniam auferre.

Non omitto autem quosdam existimare hac in re causam dotis esse parem fisco, quos sequitur Petrus Barbos. *loco allegato, num. 24. vers. admissa per l. 1. C. de priuil. fisci*, quæ nihil tale docet, in ea enim solum habet dotalem hypothecam anteriorem præferri fiscali hypothecæ; hoc enim non ex priuilegio accidit, sed ex iure communi, quia constat tūc temporis dotali hypothecæ priuilegium aliquod non fuisse concessum *l. assiduis, vers. & hoc cum, C. qui pot. in pign. hab.*

27 Ad perfectam explicationem quæstionis, de qua hucusque egimus, opus est indagare quando pecunia posteriori creditori soluta extare non dicatur.

Cum autem posterior creditor eam cum sua pecunia miscuit, pecuniam huiusmodi amplius non extare scribunt Ambrosinus *decis. Perusina 35. p. 2.* Barz. *decis. Bonon. 86. num. 34.* Mar. Antonin. *lib. 2. resolut. 60. cas. 15. vers. primo*, quia Cotta *de remed. subsid. remed. 37. illat. 2. nu. 1. & de re integra, distinct. 46. num. 5.* P. Io. Fontanella *tom. 1. de pact. dotal. claus. 5. gloss. 8. par. 7. num. 5.* & alij ab ipsis relati.

28 Hæc opinio dupliciter intelligi potest. Primò, vt pecunia extare nō dicatur statim, ac mixta fuit cum pecunia posterioris creditoris vi, & potestate mixturæ. Secundò intelligi potest id accidere, quia mixtura tantam incertitudinem parit, vt nō possit constare, quæ corpora fuerint ei tradita.

29 Primò modo eam ab eius auctoribus intelligi nō est existimandum, quia hoc sensu accepta euidenter falsa est; cum enim hypotheca rem afficiat, & sequatur quousque debitum fuerit dissolutum, *l. grege 13. §. etiam si creditor, de pign. & hypoth. l. aliquando 13. §. 1. ad Velleian.* mixtura, de qua agimus nō potest suaptè natura extinguere hypothecam, ita vt si creditor ea, quæ sibi incumbunt, probauerit, non possit obtinere, nam singula corpora in sua substantia durant, & ius nostrum sine facto nostro nobis auferri non potest, *l. ius nostrum, ff. de reg. iur. §. quod si frumentum, Inst. de rer. diuis.*

30 Secundò igitur modo eius auctores hanc traditionem accipiunt, cum scilicet talis est mixtura, vt discerni non possit, quæ sint corpora obligata; tūc enim quia deficit ex parte actoris probatio, sine qua obtinere non potest, rectissimè dicunt, quò ad rem nostram, pecuniam non extare, idem enim est, cum in iudicio res agitur, quid non esse, vel non apparere *l. 6. §. 1. de offic. præsid.*

31 Quemadmodum autem ex mixtura tanta obscuritas oriatur, vt non possit intelligi, quæ corpora fuerint ei a communi debitore tradita, & quodnam sit iudicis officium hac in re, nunc est explicandum. In primis certi iuris est permissum esse iudici partes interrogare, vbicunque æquum erit id fieri, *l. penul. ff. de interrog. act.* & proindè non erit dubitandum, licere iudici, creditorem, cui pecunia fuit soluta, interrogare, an pecuniam sibi solutam cum sua miscuerit, & quantum pecuniæ ipsæ ibi habuerit, cuiusque generis fuerit.

32 Hac autem interrogatione facta, aut creditor respondet se miscuisse, vel negat, cumque omnes consentiant licere creditori pecuniam non immixtam persequi, de ea spetie tractabimus, de ea spetie, in qua responsum fuit a creditore pecuniam a se fuisse cum sua pecunia mixtam, tunc autem iudex eum interrogabit, primò quantum pecuniæ ibi habuerit tunc temporis, & cuius spetiei erat.

33 Ex responsione autem eius intelliget creditor anterior, quid sibi agendum sit, si enim cum pecunia alterius spetiei fuerit mixta, facilè erit corpora distinguere, & ea, quæ sibi obligata fuerunt persequi eo modo, quo faceret si mixta non fuisset, mixtura enim quæ incertitudinem nō parit, non attenditur, *l. si alieni 78. ff. de sol. & lib.*

34 Si verò cum eiusdem spetiei nummis fuerit mixta, & nequeat distingui, quid tunc agendum sit videamus. Puto autem, vt me breuiter expediam, officium iudicis esse ex huiusmodi nummis rot anteriori creditori tradere, quot numeratos ei fuisse eiusdem spetiei constiterit, auctoritate textus *in §. quod si frumentum, Inst. de rer. diuis.* ibi enim Imper. tractans de frumento duorum, sine voluntate eorum insimul mixto ait. *Sed si ab altero vestrum totū id frumentum retineatur, in rem quidem actio pro modo frumenti cuiusque competit; arbitrio autem iudicis continetur, vt ipse æstimet quale cuiusque fuerit.*

35 Sicut mixtio sine voluntate domini rei vendicationem non impedit, ita mixtio facta sine voluntate creditoris hypothecariam non poterit impedire, vtraque enim actio in hoc conuenit, vt oporteat actorem plenè probare se habere ius in re, quā actor persequitur, *§. omnium, §. item Seruiana, Inst. de act.* & exploratum est.

36 Quod si secundus creditor, postquàm pecuniā accepit, & cum sua miscuit, nummos ex ipsis acceperit, & alicui tradiderit, aliud erit seruandum, eū enim quò ad huiusmodi quantitatem incertum sit, an pecunia a communi debitore sibi soluta, penes ipsum sit, actor non potest obtinere; actore enim plenè intentionem suam non probante, reus absoluitur, *l. 2. ff. de probat.* intentionamque creditoris hypothecaria actione vtētis in eo consistit, vt reus rem sibi obligatam possideat verè, vel legis interpretatione, *l. si fundus, §. in vindicatione, ff. de pignor.*

37 Quia verò ei, qui dicit, incumbit onus probandi, siue agendo, siue excipiendo id dicat, *l. 2. l. in exceptionibus, ff. de prob.* is, qui dixerit se ex cumulo pecuniarum, de quibus agimus aliqua corpora, alicui tradidisse, plenè id probare debebit, alias succumbet, pro modo quantitatis apud eum existentis ex ea spetie nummorum, quos constiterit ipsum a cōmuni debitore habuisse.

38 Cum autem ad impediendum eum, qui actione hypothecaria vtitur, nihil referat, an possessor rei obligatæ eā a debitore acceperit, vel ab alio, quoniam hypotheca est ius in re, quod ipsam sequitur vbicunque reperiatur, *§. item Seruiana, Inst. de act.* quæ de secundo creditore diximus obseruanda, erunt in illis, quibus ipse nummos a communi debitore acceptos, transtulerit, & in illis, ad quos deindè nummos huiusmodi peruenisse constiterit.

39 Hæ autem interrogationes summam vim habēt ijs in locis vbi episcopus sibi reseruat absolutio

Mm nem

nem a periurijs iudicialibus cum damno tertij perpetratis, ſi enim reus interrogatus mendax fuerit, abſolutionem peccatorum non debet ei epiſcopus impertiri, niſi ſatisfaciat primo creditori, vel ſaltem caueat ſe eſſe ei ſatisfacturum, cum primum poterit, iuxta tex. *in c. non remittitur, de reg. iur. lib. 6.* nulla enim cauſa allegari poteſt, quæ eum excuſare valeat, cum apud omnes in comperto ſit pecuniã extantem aufferri poſſe poſteriori creditori non priuilegiato, a creditore anteriorem hypothecam habente.

40 Quod ſi is dixerit ſe potuiſſe, ſi in iudicio res fuiſſet expedita, ſe defendere, & ideò non eſſe æquum, vt cogatur creditori anteriori pecuniam tradere, non erit abſoluendus, niſi reſtituat actorem in eum ſtatũ, ex quo cũ ſuo mendacio exturbauit, & fateatur in iudicio veritatẽ; neque enim dubitare quiſpiã põt, quin culpa eius hoc damnũ actor ſenſerit.

41 Quod ſi huiuſmodi peccati abſolutionem ſibi nõ reſeruauerit epiſcopus, anterior creditor adeat confeſſarium ſui aduerſarij, & rem omnem ei explicet, non raro enim accidet, vt is ſuum agnoſcat peccatum, & reſarciat damnum illatum.

42 Non omitto autem hanc noſtram diſputationẽ non pertinere ad eos, qui apud mercatores pecunias depoſuerunt, eaſque tranſtulerunt in ſecundũ creditorem, cum enim pecunia huiuſmodi numerata tradatur, & eius dominium in ipſos transfertur, vt exponunt DD. *in l. 2. ff. ſi cert. pet.* vbi Ripa *a num.* 8. Honded. *conſ. 43. lib. 2.* Barboſ. *in l. ſi mora, par. 2. a num.* 82. *ff. ſol. matrim.* & alij paſſim; & ideò mala conſequentia eſt nũmorũ exacta fuit pecunia, ergo extat, quia mercatores huiuſmodi, tanquam pecuniæ domini, de ipſa ad libitũ diſponũt; ita demum ergo creditor anterior poterit agere, ſi probauerit eammet pecuniam, quàm debitor numerauit, pęnes mercatorem extare, vel pęnes ſecundum creditorem, aut alium ad quẽ peruenerit.

Reſtitutus ad ciuitatem beneficio Principis, an patriam poteſtatem recuperet ad §. 1. Inſt. quib. mod. ius patr. poteſt. ſoluat. *Cap. VII.*

1 CVm alicui aufertur ciuitas, non eſt dubium, & ius patriæ poteſtatis adimi, cum ſit proprium ciuium Romanorum, *§. fin. Inſtit. de patr. poteſt. & in §. 1. Inſtit. quib. mod. ius patr. poteſt. amit.* & ideò dubitatur, an ſi deinde fuerit ad ciuitatem reſtitutus, patriam poteſtatem recuperet.

2 Antequam rem ipſam aggrediar; ſcias, hanc diſputationem pertinere ad eos liberos, quos reſtitutus tunc habebat, cum ciuitatem amiſit, & ad eos, quos ante reſtitutionem ſuſcepit, non ad eos, quos poſt reſtitutionem ex iuſtis nuptijs ſuſcipit; quia tunc nihil impedit, quin eius poteſtati ſubijciantur, cum ciuis ſit.

3 Cum autem quæritur, an patre reſtituto, cenſeatur ei reddita poteſtas patria, DD. noſtri variant, quorum opinionibus omiſſis, conſtituo regulam negatiuam, patri reſtituto non cenſeri regulariter conceſſam patriam poteſtatem; quam probo auctoritate, & ratione.

Auctoritate Iuſtiniani *in princ. l. final. C. de ſent. paſſ.* dum ait, *In quæſtione teſtamenti, quod deportati filius remanentr patri feciſſet, remotis Vlpiani, atque Pauli notis, Papiniani placet valere ſententiam, vt in patris ſit filius poteſtate, cui dignitas, ac bona reſtituta ſunt.* Agebatur hic, non de reſtitutione ſimplici, ſed de reſtitutione plena, cum reddita fuiſſent dignitas, & bona iam acquiſita fiſco, quæ regulariter in reſtitutione non contineri, & Doctores admittunt, & probat tex. *in l. fi. C. de general. abolit. in l. 2. & l. 7. C. de ſent. paſſ.* difficillimè enim fiſcus bona occupata relaxat. vide text. *in l. 2. C. de requir. reis.* adhuc tamen dubitatio erat inter Iuriſconſultos eminentiſſimos, vtrùm patria poteſtas reddita cenſeretur; & licet Papinianus affirmaret, tamen negabant Paul. & Vlp. ergo concludendum eſt, reſtitutionem ſuapte natura non continere patriam poteſtatem, quia fatua fuiſſet opinio Vlp. & Paul. in caſu prædicto, in quo pleniſſima erat reſtitutio.

4 Secundò eadem regula probatur ex *l. 3. ff. de ſenten. paſſ. & reſtit.* dum ait, *Si in metallum damnata mulier eum, quem prius conceperat, edidit, deinde a Principe reſtituta eſt, humanius dicetur huic cognationis iura etiam reſtituta videri.* Si regulariter is, qui reſtitutus eſt, recuperat ius patriæ poteſtatis; iure ordinario recuperaret ius cognationis, quia patria poteſtas difficilius conceditur, quam iura cognationis, & meritò; quia hoc non nocet, hæc verò ius filiorum imminuit; & tamen apertè Vlpian. indicat, ordinario iure nõ competere iura cognationis mulieri reſtitutæ, cum dicat, *humanius dicitur iura cognationis huic reſtituta videri.* Benigna enim, & humana interpretatio ordinario, & ſtricto iuri opponi ſolet. vide tex. *in l. ſi ita ſcriptum 13. ff. de liber. & poſth. l. Pannonius 86. ff. de acquir. hæred.* & eſt notiſſimum.

5 Tertiò probatur ratione, quia quod filij rurſus ſubijciantur patris poteſtati, eſt, quid imminuens ius eorum, longè enim nobilius, & vtilius eſt, eſſe patremfamilias, quam filiumfamilias, quod agnoſcit Imperator *in l. fin. in final. verbis, C. de ſent. paſſ.* agens enim de hac ipſa re ait. *Et emancipationem a patribus officijs petant, vt libertatem non damnationis, ſed lenitatis paternæ teſtem habeant,* idque hodie propter conſtitutionem Iuſtiniani abrogantis differentiam emancipationis, & patriæ poteſtatis nõ poteſt in dubium vocari.

Ergo Princeps reſtituens, non videtur patriam poteſtatem reddere, quia traditum eſt, Principem non videri ſuo beneficio ius alicuius imminuere, *l. cum filiosfamilias in fin. ff. de teſta. mil. l. 2. §. ſi quis a Principe, ff. ne quid in loc. publ.* cum alijs relatis per Iaſ. *in l. 3. num. 29. ff. de conſtit. Princip.* per Surd. *conſil. 203. num. 28. cum ſeqq. lib. 2.*

6 Et hæc regula habet locum non modò, cum priuatim, & particulariter aliquis reſtituitur ciuitati, quò in caſu loquuntur iura allegata, ſed cum generaliter reſtituuntur ij, quibus ciuitas fuerat adempta, quia & hoc in caſu ratio prædicta militat, idque diſertè habetur *in l. ſi pater, 9. C. de ſent. paſſ. & reſtit.*

Quapropter cauendum eſt a Theodoro Græco interprete, qui *ad l. 10. tit. 68. lib. 60. Baſilicõ* in propoſita quæſtione conſtituebat differentiam inter generalem, & ſpetialem reſtitutionem.

7 Huiuſmodi tamen concluſioni obſtare videtur

textus

textus *in §. 1. Instit. quib. mod. ius patr. potest. solu.* dum agens de hac re, *sed si ex indulgentia Principis restituti fuerint per omnia pristinum statum recipiũt.*

Licet enim glos. & cum ea DD. communiter, hunc textum intelligant, quando Princeps vsus fuit verbo *restituo;* tamen verius est textum non se fundare in vi verborum, sed in natura restitutionis, idque clarè ostendit Theophil. qui eandem sententiam exprimens secundum Curtij versionem ait, *Si tamen ex indulgentia Principis reuocatus, & ciuitati redditus fuerit, omnia illi in pristinum statum restituuntur,* & hoc verissimum esse, inde apparet, quod textus indistinctè de restitutis loquitur, nullam faciens mẽtionem de verbis, quibus restituti fuerint, ergo eius decisio non pendet ex verbis, sed ex restitutione, cum enim Princeps possit in restituendo varijs verborum formulis vti, æquum erat; vt Iustinianus, si ibi loquebatur, cum Princeps vsus fuit aliqua particulari formula, vt id exprimeret.

Respondeo, illa verba, *per omnia,* esse coniũgenda verbo restituti, nec debere nos, vt faciunt DD. communiter, illa coniungere cum verbo *pristinum statum,* vt sit sensus *per omnia restituti pristinum statum recipiunt,* quæ fuit animaduersio Martini glossatoris, vt refert glos. quam probauit Cuiac. *in paratitlis, & in recitat. tit. de sent. pass. in C.* &, vt mihi videtur, retinenda est, quia nihil inducit aduersans regulis iuris, vel alijs legibus, nec corrumpit textum, nosque a difficultatibus maximis liberat, quas nostri, qui nimis Accursio addicti, Martini opinionem reprobarunt, euacuare non potuerunt.

8 Nec te turbet Theophili auctoritas, qui communi opinioni fauet, vt patet ex verbis relatis, quia is ita textum interpretatur, vt clarè pugnat cum iuribus supra expositis, ideò ei, cui in reliquis plurimum tribuo, in hac parte assentiri non possum.

9 Regula ergo constituenda est negatiua, vt restitutio patris non contineat patriæ potestatis restitutionem; a qua tamen recedendum est, quoties clarè, aut ex coniecturis de mente Principis appareat, veluti si restituerit aliquem *per omnia,* iuxta tex. *in d. §. 1. quib. mod. ius patr. potest. solu.* vel si in integrum restituerit, aut dixerit, *ordini tuo, honoribus, vel cæteris omnibus te restituo, l. 1. C. de sent. pass.* vel si simpliciter ad omnia restituerit Odofred. *in d. l. 1. in fine;* idem est dicendum, si cum dignitate pristina, restituerit bona fisco acquisita, quod decidit tex. *in l. fin. in princ. C. de sent. pass.* cum enim bona restituit, quæ vt dicebam, & experientia docet, ægrè fiscus relaxat, ostendit Princeps se se eius mentis esse, vt plenissima sit restitutio, cum enim iuri fisci derogauerit, multò magis censendus est iuri filiorum derogasse, in quos imperium patri natura

10 dedit; quæ sententia obtinere debet, etiam si vsus fuisset verbo, indulgere, vt esplicat Odd. *de restit. quæst. 94. art. 3.* vel quocunque alio verbo, quia vis in proposito consistit in restitutione bonorum, non in significatione verborum. Idem puto esse dicendum, etiam si non restituantur omnia bona, sed aliqua tantum pars, magni tamen valoris, quia & tũc eadem præsumptio vrget, secus si partem bonorũ modici valoris restituisset.

Non tamen idem puto dicendum, si cum dignitate redditum in patriam Princeps concesserit, nõ quidem *ex l. si in insulam, C. de sent. pass.* quæ in hãc rem a DD. afferri solet, quia loquitur in filio restituto, in quo non idem quod in patre statuendum est, vt rectè Græci interpretes admonuerunt, sed quia hæc non videtur idonea coniectura, vt clarè ostendat, Principem voluisse iuri filiorum derogare; ideò regulæ inhærendum erit.

11 Idem puto dicendũ si Princeps vsus fuit verbo, restituo, motus, quòd istud verbum nihil amplius contineat, quam Principem restitutionem concessisse, quæ cum non tribuat suapte natura recuperationem patriç potestatis, consequens erit, nec verbum, *restituo,* inditium idoneum esse, quod Princeps eam patri concesserit.

Nec valet plenam esse huius verbi significationem *l. videamus la seconda, §. Fauiana, ff. de vsur.* quia respondeo, varie pro subiecta materia accipi verbum hoc. vide tex. *in l. plus est 25. in l. restituere 35. in l. restituere 75. in l. final. ff. de verb. signif.* & ideò in proposito restitutus dicitur is, cui ad patriã redditus concessus fuit, etiamsi non omnia, quæ ante condemnationem habebat, ei fuerint concessa, *C. de sent. pass. & restit. l. 3. ibi quamuis, & in l. generali 9. in princ. & ff. eod. tit. in l. 2. & in l. 4.* Non possumus itaque negare satisfactum esse vi verbi, si ciuitas fuerit reddita; qua ratione factum fuit, vt licet *in tit. C. de sent. pass. & restit.* adsint tres tantum leges, quæ agant de eo, cui omnia fuerunt restituta, scilicet *l. 1. l. 11. & l. final.* tamen inscriptus fuerit absolutè de restitutis, quod etiam factum fuisse animaduerti *in ff. eod. tit. de sent. pass. & restit.*

12 Nec dicas, beneficia Principum latissimam accipere interpretationem, *vt in l. 3. ff. de constitut. Princip.* & per consequens latiorem interpretationem huius verbi accipiendam esse in proposito, quia hoc non habet locum, quando ius alicuius imminueretur. vide tex. *in l. 2. §. si quis a Principe, ff. ne quid in loc. publ.* & Ias. latè hoc esplicantẽ *in d. l. 3. nu. 19. cum seqq.* & Surd. *cons. 203. num. 38. cum seqq. lib. 2.* vbi latissimè, ideò hoc non pertinet ad quæstionem nostram, in qua agimus de imminuendo iure liberorum.

13 Secundò adducitur tex. *in §. 1. Instit. quib. mod. ius patr. potest. solu.* dum ait. *Sin autem restituti fuerint per omnia pristinum statum recipiunt,* hoc enim ea de causa ibi accidit, quòd Princeps in eo casu vsus fuerat verbo, restituo, vt ibi exponit Accurs. & cum eo alij communiter, inter quos connumerari potest etiam Cuiac. in notis posterioribus ad eum locum.

Respondeo, textum non loqui, quando Princeps vsus fuit verbo, restituo, sed quando per omnia fuerat quis ab eo restitutus, vt ostendi suprà numero 7. Quibus addo, quod si ex eo censetur vsus Princeps verbo restituo, quod in textu simpliciter legitur patrem restitutum fuisse, idem erit dicendum in terminis *l. 3. ff de sent. pass. & restit.* vbi simpliciter dicitur mulierem fuisse restitutam; quod si admittimus, conciliari non poterit Iurisconsultus cum Iustiniano; quærens enim ibi Iurisconsultus, an dicta mulier recuperet iura cognationis, respondet, humanius esse, & hæc concessa videri, quod vtique indicat ex benignitate fieri non ex iure stricto, ergo verbum, *restituo,* in proposito non habet

pleniſſimam ſignificationem, quia ſi hoc eſſet, non erat, cur l. C. dubitaret, an iura cognationis, quæ nulli præiudicium afferrunt, reſtituta cenſerentur.

14 Tertiò affertur textus *in l. 1. C. de ſent. paſſ.* vbi reſtitutio continet recuperationem omnium, quæ deportatus antea habebat.

Reſpondeo, loqui textum, quando Princeps vſus fuit verbo, *reſtituo in integrum*, vt patet ex verbis textus, quæ ſunt hæc, *Reſtituo te in integrum Prouinciæ tuæ*, & adiecit, *Vt autem ſcias, quid ſit in integrum reſtituere, honoribus, & ordini tuo, & omnibus cæteris te reſtituo*. Amplius enim eſt reſtituere in integrum, quam ſimpliciter reſtituere, quia illa clauſula *in integrum*, priſtini ſtatus recuperationē clarè indicat, quod non contingit ex vi verbi reſtituo, cum reſtitutus dicatur ille, qui ad ciuitatem beneficio Principis reddire poteſt, etiam ſi priſtinum ſtatum non recuperet, vt oſtēdi nu. 1 1. & 1 2.

15 Concludo itaque verbum, reſtituo, non habere plenam ſignificationem, & ſimplicem, non plenā, reſtitutionem continere, quam opinionem tenet Io. Fab. *Inſtit. quib. mod. ius patr. poteſt. ſolu.* licet gloſ. ibi a reliquis recepta contrarium docuerit, quam etiam probarunt Odd. *de reſtit. in integr. q. 1. ar. 1. num. 1 1. & quæſt. 93. art. 1.* Odofred. *in l. 1. in fin. C. de ſent. paſſ.* Io. Fab. *in l. in inſulam, C. eod. tit.* Cuiac. *in not. ad tit. quib. mod. ius patr. poteſt. ſolu.* D. Polidor. Rip. *obſeru.* 284. *num.* 2. & alij ex eruditioribus, quos præterec.

16 Sed quid, ſi vſus fuerit Princeps verbo, *reintegrare*, An tunc cenſeatur reddita patria poteſtas, & diſtinguendum puto, aut illud verbum ad iura refertur, aut ad perſonā, ſi enim dixerit Princeps, *Iura Titij reintegramus*, plenaria erit reſtitutio, omnia iura reddens, quæ per ſententiam extincta fuerunt, reintegrare enim in propoſito ſignificat ius extinctum ſuſcitare, & renouare, vt eſt textus *in l. propter veneni, §. 1 ff. ad S. C. Sillan.*

17 Si verò relatum fuerit ad perſonam, quia fuerit dictum, *reintegro Titium*, tunc ſecus eſſe dicendum puto; tunc enim ſenſus erit, renouo, reſtauro perſonām Titij, hoc enim ſenſu apud Latinos reintegrare accipitur, vel ſenſus erit, ſuſcito perſonam Titij, qui enim capitis diminutionem paſſus fuit, mortuus ciuitati dicitur; propterea non abſurdè dicitur eius perſonam renouari, reſtaurari, vel ſuſcitari, cum ciuitati redditur, ergo in propoſito nō intelligitur data patria poteſtas, quia non valet ſequela, reſtituitur ciuitati, ergo patriam poteſtatem recuperat, vt expoſui nu. 10.

18 Quid ſi vſus fuerit verbo, *gratiam facimus*, controuerſi iuris ſit, an plena reſtitutio his verbis contineatur, vt per Odd. *de reſtit. in integr. q. 93. ar. 2.* exiſtimo, in hoc caſu ſolam remiſſionem pœnæ, ciuitatiſque reſtitutionem cōtineri, ea ratione, quod hæc verba, gratiam facimus, inſeruiunt ſubiectæ materiæ, ſicut in omnibus alijs regulariter accidit, ergo non continent reſtitutionem patriæ poteſtatis; cum natura reſtitutionis eam non comprehendat, vt expoſui nu. 3.

19 Quod tamen intelligendum eſt, niſi poſtulationi partis, eiuſque libello ſupplici hæc verba addita fuiſſent, quia tunc id omnem conceſſum intelligeretur, quod fuit petitum; traditum eſt enim reſcriptum accipere interpretationem a ſupplicatione, & omnia cenſeri conceſſa, quæ non fuerunt denegata; & ideò, ſi a Principe petierit, cum reſtitutione ciuitatis ſibi patriam poteſtatem reddi, & ipſe reſcripſerit, gratiam facimus, vtique & hæc conceſſa intelligetur.

20 Secundò, id intelligendum eſſe exiſtimo, niſi dixerit Princeps, plenam gratiam facimus, propter vim verbi, *plenam*, quod Ruin. *conſ.* 100. *nu.* 5. *lib.* 1. & poſt alios docuit Odd. allegatus, non tamen idē erit dicēdum, ſi dixiſſet, liberam gratiam facimus, quia verbum, *libera*, pertinet ad remouenda impedimenta, non ad augendum vim, & poteſtatē conceſſionis.

21 Quid ſi Princeps mandauit cancellari bānum; an tūc reddidiſſe videatur patriam poteſtatem, & hoc pendet, an ex his verbis plenariam gratiam feciſſe videatur; quæ res controuerſi iuris eſt, vt patet ex Sforz. Odd. *d. q. 93. art. 4.*

In qua dubitatione aſſenſum præbeo illis, qui negant, quos recenſet Odd. cum quibus etiam nouiſſimè ſenſit Coſta *conſ.* 59. *num.* 30. & 3 1. *lib.* 1. ea ratione, quia ad recuperandam patriam poteſtatem, & ea quæ amiſſa fuerunt, non ſufficit cancellatio ſententiæ, alias reſtitutio regulariter patriam poteſtatem, & cætera redderet, cum omnis reſtitutio ſententiam contra reum latam reſcindat; implicat enim, quod ſententia ſit in robore, & quod ipſe in ciuitate maneat; & hæc opinio retinenda eſt, etiā ſi dictum fuerit, *vt non poſſent vlterius occaſione banni moleſtari*; quia hoc continet expreſſionem eius, quod tacitè inerat. vide tex. *in l.* 10. *C. de ſent. paſſ.* & ita ſentiendum eſt, licet contrarium ſentiat D. Polidor. *obſer.* 284. *num.* 5. & 6. aduerſus quem diſputat Coſta *lib.* 1. *conſ.* 59. *nu.* 16. Idem eſt dicendum, ſi dictu fuerit *liberè cancelletur*, vel *plenè cancelletur*, vel *omnimodò cancelletur ſententia*, quia verbum *liberè* pertinet ad tollenda impedimenta, vt ſupra docui. Verba omnimodò, *vel plenè*, non habent neceſſariò reſpectum ad tempus præteritum, ſed commodè ad futurum trahi poſſunt, reſpectu dignitatis per ſententiam diminutæ. Item continere poſſunt, ne ſuperuenientibus nouis indicijs poſſit inſtaurari proceſſus, quod ſolent interdum facere iudices, ideoque neceſſariò non continent plenā reſtitutionem, & ita eſt ſentiendum, licet ſecus videatur Odd. *num.* 33. & Ruin. *conſ.* 100. *nu.* 4. *lib.* 1.

Secus tamen dicendum erit, ſi dictum fuerit, vt non poſſit obijci ſententia contra eum lata, quia pleniſſima tunc eſt reſtitutio Odd. *d. quæſt.* 93. *ar.* 4. *num.* 19. Caſtan. *tit. des iuſtices, nume.* 143. Coſt. *d. conſ.* 59. *num.* 17. *verſ. nec verum*; tunc enim quis vti poterit omnibus priſtinis iuribus, ex quibus, cum ſententia obijci ei non poſſit, vtique obtinebit, filios ſuri ſuo ſubiectos cenſeri.

22 Quid ſi dictum fuerit, *Rebanneo Titium*, an tunc cenſeatur reddita patria poteſtas, &, vt vno verbo me expediam, verbum hoc nō eſt latinum, & propterea opus erit ad eius vim percipiendam confugere ad peritos eorum locorum, in quibus huiuſmodi verbum in vſu eſt; de hoc autem verbo agunt Bart. *in l. final. num.* 1 1. *C. de ſent. paſſ.* vbi Bald. Salic. & reliqui, Ruin. *conſ.* 153. *lib.* 5. & alij plures relati a Sforz. Odd. *de reſt. in integr. q.* 93. *ar.* 34.

Quid

23 Quid si dictum fuerit, vt reus possit potiri omni-
bus priuilegijs, honoribus, indultis, & dignitatibus,
& alijs, quibus potiretur, si non fuisset bannitus; &
indistinctè concludo, patriam potestatem pleno iu
re illi competere; cum inter alia priuilegia ciuium
Romanorum ius patriæ potestatis numeretur, §.
fin. Inst. de patr. potest.
24 Superest dubitatio, cum versamur in dubio, an
Princeps voluerit plenam restitutionem concede-
re; quæ interpretatio accipienda erit, de qua te
Bart. in l. fin. C. de sent. pas. num. 11. vers. ad hoc etiam
facit, vbi Salic. num. 10. cum alijs de quibus Sfort.
Odd. q. 93. art. 4. & latissimè Io. Bapt. Costa lib. 1.
cons. 59.

Ego existimo regulam in proposito constituen-
dam esse, latius quam fieri possit verba restitutio-
nis esse intelligenda, quia beneficia Principum la-
tissimam recipiunt interpretationem, l. 3. ff. de con-
stit. Princip.

Quod tamen, cum non procedat, quando agi-
tur de tertij præiudicio, vt per Ias. in d. l. 3. num. 19.
cum seqq. verba restitutionis, cum de tertij præiu-
dicio agitur, strictè erunt intelligenda, atque ita in
proposito docuerunt Surd. cons. 203. num. 28. cum
seqq. Coll. cons. 59. num. 18. & 19. lib. 1. & ante il-
los tradiderunt interpretes in l. Gallus, §. & quid si
tantum, ff. de liber. & posth. vbi Bart. nu. 12. Castr.
num. 14. Alex. num. 18. in fine, & num. 19. Soc. sen.
num. 17. Ias. num. 63. Soc. iun. num. 108. Io. Bolo-
gnet. num. 117.

Et ideo sic gratia Principis erit intelligenda, ne
contineat patriam potestatem, quia hoc est in præ
iudicium filiorum, vt exposui nu. 5.

*Miles in iure nostro quis sit censendus, & an pri-
uilegiu militum trubi possint ad milites sacræ, vel to-
gatæ militiæ* ad l. ex eo tempore, de militar. testam.
Cap. VIII.

1 CVm quæritur, quis miles sit secundum iuris
nostri sanctiones, occurrit tex. qui eleganter
hoc declarat in l. ex eo tempore 43. ff. de militar. te-
stamen. dum ait, ex eo tempore, iure militari incipit
quis posse testari, ex quo in numeros relatus est, ante
non, proinde qui nondum in numeris sunt, licet etiam lecti
tirones sint, & publicis expensis iter faciant, non dum
milites sunt; debent enim in numeros referri. in nume-
ros, idest in catalagum militum. Sic enim numeri
accipiuntur, vt probatur ex Plinio Epistolarum
lib. 3. dum ait, Neque adhuc nomen in numeros rela-
tum est. ex Lampridio in vita Alex. Milites suos
vbique sciuit, vt haberet, & breuer, & numerum, &
2 dignitates. Et hinc factum est, vt numeri militum
pro turmis militum acciperentur. Plinius lib. 10. E-
pistol. Vt iam sacramento dixerat, ita non distributi
in numeros erant. Vlpian. in l. 2. versiculo exercitum,
ff. de his, qui notantur infam. Exercitum autem, non
vnum cohortem, nec vnam alam dicimus, sed numeros
multos dicimus militum. Idem Vlpianus in l. filius fa-
milias 8. §. veterani, ff. de procuratoribus. Excepto eo,
qui procurator in rem suam datus est, vel qui commu-
nem causam omnis sui numeri persequitur, vel susci-
3 pit. Et hoc sensu idem Vlp. ait. Si quis militum ex
alio numero translatus sit in alium, quamuis & hinc
exemptus sit, & illuc non dum peruenerit, tamen po-
terit iure militari testari; est enim miles, quamuis in
numeris non sit, l. vnica, in fine, ff. de bonorum poss. ex
testam. militis. accipit enim hic numeros Vlpianus
pro turmis militum, itaque non discordat ab eo,
quod supra constituimus, quia miles quidem est,
qui semel fuit in numeris, idest cohortibus, & tur-
mis militum numeratus, licet hodie in particulari
cohorte non sint, quia verum est eam in numeris es-
se, idest in catalago, & albo militum; cum ergo in
4 catalagum descripti fuerunt, iure militari incipiũt
posse testari, nec refert equites sint, an pedites, vt
tradunt Decius in rub. C. de testam. militis, num. 5.
propè finem. Ripa in l. Centurio, nu. 11. & alij, quos
prætereo; nam & hi verè, & propriè milites sunt,
& maximo sũt vsui Reip. immò hæc pars militiæ,
veluti nobilior, semper existimata fuit, vt mirum
sit, repertum fuisse, qui contradixerint, Tiraquel.
scilicet in libro de nobilit. c. 37. num. 31. fundamento
inani motus, quod nec dignum est, vt lucem aspi-
ciat.
5 Idem est in illis, qui nauali militiæ incumbunt,
& in numerum relati sunt: his enim priuilegia mi-
litum competunt, vt auctor est Vlp. in l. vnica, ff. de
bonor. poss. ex testam. militis. dum scribit, Nauar-
cos, & Terrarcos classium, iure militari posse testari
nulla dubitatio est, in classibus omnes Remiges, &
Nautæ milites sunt, item milites vigiles sunt, & iure
militari eos testari posse, nulla dubitatio est.
6 Sed dicet quis, Præfecti nauium, cæterique nau-
tæ operam quidem nauant, & inseruiunt exercitui,
verè tamen non militant, cum eorum munus sit, na
uem regere, non pugnare cum hostibus, ergo non
debent frui priuilegio militum, ad instar officialiũ
magistrorum militum, qui licet in catalago militũ
descripti sint, tamen non possunt iure militari te-
stari, l. scriniarios, C. de testamen. militis. nam & hi
exercitui inseruiunt.

Respondeo nautas regere nauem, sine qua mili-
tes nequeunt pugnare, & ideò pugnæ intersunt, si-
cut milites, quod non accidit in officialibus magi-
strorum militum; & licet non sit officium eorum
pugnare, sed regere nauem, non tamen sequitur
quin militiæ inseruiant; Præfectorũ enim & Magi-
strorum militum officium primum est imperare
militibus, & regere eos, non pugnare. vide tex. l. 12.
ff. de re militari. & tamen hi verè milites sunt, & fru
untur priuilegijs militum, l. Tribunus 21. ff. de mili-
tari testam.
7 Ex his intelligimus, quid dicendum sit de mili-
tibus nostri temporis, an hoc priuilegio frui pos-
sint, de qua re late DD. in l. Centurio, ff. de vulgari,
& pupill.

Si enim fuerint descripti in Albo militum, iussu
& mandato eius, qui exercitui præest, milites iusti
censendi sunt, ac legitimi, ac per consequens frui
debent priuilegijs a iure concessis iustis militibus,
licet modus eligendi, quo olim vtebantur, non sit
idem, nec eadem militia sit, per regulam l. non est
nouum, l. & ideò, ff. de legibus, l. 1. §. lex Falcidia, ff. ad
l. Falcidiam.
8 Ideò autem addidi oportere, vt inter numeros
militum recenseantur iussu, & mandato eius, qui
exercitui præest, quia hoc clarè exigit tex. in d. l. ex

eo, dum ſtatuit electos ad militiam, non antea frui priuilegio teſtandi iure militari, quam in numeros militum relati fuiſſent. Nam certum eſt, quod ſtatim atque Tirones ſe ſe militiæ dederant, deſcribebantur; & tamen adhuc milites non cenſebantur, nec priuilegijs militum vtebantur, huiuſque rei ratio eſt euidens, quia ad eum, qui exercitui præeſt, ſpectat declarare eos, qui militia digni ſunt, & reijcere indignos, vel non aptos militaribus laboribus.

9 Hinc ſequitur milites, quos Summus Pontifex; vel alij Principes contra Turcas mittunt in auxilium, vel Imperatoris, vel aliorum, antequam ad exercitum perueniant, & iuſſu eius, qui exercitui præeſt, in numeros militum fuerint relati, non poſſe iure militari teſtari, quia adhuc non ſunt milites approbati ab eo, qui præeſt exercitui, cuius munus eſt ex cupijs auxiliaribus eos eligere, quos idoneos exiſtimat.

10 Secundò ex dictis ſequitur deciſio eius quæſtionis, de qua agit Ripa *in l. Centurio, nu.* 11. *ff. de vulg. & pupill.* vbi Aquilin. *par.* 1. *num.* 31. Odd. *de compendioſa, partic.* 5. *præmiſſo* 4. *verſ. aut non concurrūt.*

An ſcilicet, qui proprijs ſtipendijs militant priuilegijs militum fruantur: nam ſi deſcripti ſunt in numero militum iuſſu eius, ad quem ſpectat, vtique frui debent his priuilegijs, quia verè milites ſunt, licet ex liberalitate condonent Principi ſtipendia, quam propterea in eorum damnum trahere, iuris ratio non patitur.

Si verò in numerum militum relati non fuerint, hi vtique non ſunt milites, & ideò priuilegijs militum nequaquam frui debent, etiam ſi militent, cū non alijs quam militibus hæc priuilegia concedantur. vide tex. *in l. Titius, ff. de militari teſtam. verſic. conſtitutionibus*.

11 Tertiò ex dictis pendet deciſio alterius quæſtionis, An Equitibus Melitenſibus, S. Iacobi de Spata, S. Stephani, & ſimilibus competant priuilegia militum, de qua reagunt Ripa *in d. l. Centurio, num.* 10. vbi Bolognet. *a num.* 24. *& nu.* 34. Odd. *de compendioſa, partic.* 5. *præmiſſo* 4. *inſpectione* 2.

Cum enim militia, in qua deſcribuntur longè diuerſa ſit a militia, de qua iura noſtra agunt, non poterit de vna ad aliam argumentum ſumi.

Eſt diuerſa, quia iura loquuntur de militibus, quibus tribuni imperare poſſunt, vt munera militiæ obeunt, quique ſine miſſione diſcedere non poſſunt ab exercitu. vide tex. *in l.* 3. *verſ. in bello, in l. milites* 13. *§. ir etiam, ibi miſſionem, ff. de re militari.* Illi autem milites, licet ubedire debeant magno Magiſtro, & ijs quibus is voluerit, tamen cum Imperatore exercitus, & Tribunis commune nihil habent, niſi in numerum militum relati fuerint, propterea non coguntur militare, etiam ſi in caſtris ſinr; itaque etiam ſi in caſtris ſint, & militent, non habebunt priuilegia militum, niſi in numerum militum fuerint relati.

12 Quartò hinc ſequitur, rectè Sfort. Odd. recedere ab opinione Baldi, dicentis mercatoribus maritimis competere facultatem teſtandi iure militari, quia licet exercitui interſuiant, tamen hoc non ſufficit, vt cumpetant ipſis militum priuilegia, *l. ſcriniarior, C. de teſtam. militit.*

13 Quæret aliquis, cum *in l. vnica, de bonorum poſſ. ex teſtam. militit*, dicatur licere remigibus iure militari teſtari, an in remigibus noſtri temporis idem ſit reſpondendum? & idem eſſe putat Stort. Odd. *de compend. partic.* 5. *præmiſſo* 4. *verſ. ſed dubitari poteſt;* quia plurimum eorum opera prodeſt ad rem bene gerendam.

Sed hæc ſententia, ſimpliciter accepta, non eſt vera: nam, cum ex remigibus multi ſint in pœnam delicti triremibus addicti, abſurdum eſſet, ex pœna eos priuilegia conſequi. Adſunt alij, qui ſpōte huic muneri incumbunt, qui vulgo vocātur *bone voglie*, qui cum ſint homines viliſſimi, & infames, incongruum videtur, vt hi qui propter infamiam ad militiam aſpirare nequeunt, *l.* 4. *§. ad tempus, ff. de re militari*, priuilegijs militum fruantur, quæ ratio etiam vrget plerunque contra eos, qui ad triremes damnati fuit.

Alij ſunt, qui iubente Principe, non in pœnam delicti, ſed propter vtilitatem publicam huic muneri vacant, & hos proculdubio iure militari teſtari poſſe puto, cum hi non notentur infamia, nec in pœnam remos tractent, ſed ex iuſſu Principis pro bono publico.

14 Idem eſſe cenſeo, ſi vrgente neceſſitate, vel vtilitate publica, aliqui ſponte ſe ad hoc munus conferant; quod enim dixi eos notari apud homines, qui vltrò ad remus tractandos accedunt, intelligi debet in illis, qui tempore pacis id agunt: nam cum tempus poſtulat, ad hoc neceſſarium, & vtiliſſimū munus ſe conferre, pauperibus, & vilis conditionis hominibus, etiam liberis, non dedecori, ſed laudi tribuitur.

Et hoc in caſu, ſiue in acie decedant, ſiue alibi, dummodò intra annum a die miſſionis non ignominioſæ, teſtamentum iure militari factum, erit obſeruandum, cum teſtari poſſint iure militari, & militum numero cenſeantur, vt clarè deciditur *in d. l. vnica, ff. de bonor. poſſ. ex teſta. militit.* Itaque Ripa *in l. Centurio, numero* 11. *verſ. amplius*, nun rectè hoc reſtringit ad eum caſum, quo decedunt in acie, quia hoc eſt cuntra illa verba tex. *in claſſibus omnes remiges, & nautæ milites ſunt.* Si enim milites ſunt, ergo non in ſola acie inſtar paganorum iure militari teſtari poſſunt, *iuxta l. finalem, ff. de milit. teſt.* ſed & extra aciem, ſicut alijs militibus ipſis licebit iure militari teſtari. Nota autem Ripam abuti his verbis, dum inquit, & ait I. C. *eos eſſe milites in claſſibus, quaſi ſentiat aliud eſſe extra claſſes.* nam I. C. non ita loquitur, & aliud intendit, ſcilicet omnes, qui in claſſibus inſeruiunt, milites eſſe. vide totum cuntextum, & ni fallur ſenties contra Ripam.

15 Non obſtat, quod tex. generaliter loquatur de omnibus remigibus, illis tribuendu priuilegium militare; quia ſciendum eſt, apud Romanos, remiges non fuiſſe homines infames, ſed eiuſmodi vt ad militiam transferri poſſent, Suetonius in Galba, cap. 12.

Ea fama confirmata, & aucta eſt, vt primum vrbē introiuit: nam cum claſſiarios, quos Nero ex remigibus iuſtos milites fecerat, redire ad priſtinum ſtatum cogeret, recuſantes, atque inſuper Aquilam, & ſigna pertinacius flagitantes, non modo immiſſo equite diſiecit, ſed decimauit etiam.

Con-

16 Contendunt DD. multis in locis, *præcipuè in l. Centurio, ff. de vulg subst.* quod nunc nobis explicandum est.

An priuilegia concessa militibus, circa testamentorum dispositionem trahi possint ad milites sacræ, vel togatæ militiæ; qua in re puto partem negatiuam esse veriorem, adeò enim in his priuilegijs interpretãdis strictè proceditur, vt nec ex maioritate rationis illos contineant, qui sub stricta significatione non comprehenduntur, etiamsi ex lata significatione contineantur, vt probat tex. *in l. quod cõstitutum 22. ff. de testam. militis,* dum inquit, *quod constitutum est, vt testamentum militiæ tempore factum, etiam intra annum post missionem valeret; quantum ad verba eius ad eos dumtaxat, qui mitti solent, id beneficium pertinere existimari, secundũ quod, neque Præfectos, neque Tribunos, aut cæteros, qui successoribus acceptis militare desinunt, hoc priuilegium habituros.* Nam in Præfectis, & Tribunis longe maior est ratio concedendi priuilegia, quam in militibus gregarijs, cum hi maiora in Reinpubl. beneficia conferant.

17 Nec dicas, in his cessare rationem, qua priuilegia militum conceduntur, simplicitatem scilicet militarem, quia esto id verum esse, quod negari posset, ex eo, quod legitur *in l. penult. §. Lucius, in principio, ff. de leg. 2. & in l. vnica in fine, ff. de bon. poss. ex testam. militis.* dico priuilegium, de quo agimus propter benemerita sicut pleraque alia, suisse militibus concessa: cum enim post missionem milites ab exercitu discedunt, facilè est, adhibito iuris perito, nouum condere testamentum secundum morem paganorum.

18 Nec etiam dicas cum Cuiac. *tract. 4 ad Affrican. in explicatione d. l. quod constitutum,* priuilegium huiusmodi ad Tribunos, & Præfectos pertinere ex mente, & sententia legis, arg. tex. *in l. 2. in princip. ff. de his, qui not. infam.*

Quia, omisso, quod Bart. & gloss. ibi absolutè admittunt, militum Tribunos excludi ab huiusmodi priuilegio; dico hanc opinionem esse contra illationem, quam facit I. C. dum ait. *Secũdum, quod neque Præfectos, neque Tribunos, aut cæteros, qui successoribus acceptis militare desinunt, hoc priuilegium habituros,* vt enim lex locum habeat, non refert, an ex sententia, an ex verbis legis, quid contineatur in ea, *vt in Instit. de legit. patron. tutela*; ergo non rectè I. C. ex eo, quod verba legis non conueniunt Tribunis, & Pręfectis deduxisset, eos hoc priuilegium non habere, si ex sententia legis competebat eis.

Insuper cum soleant I. C. cum quid ex sententia legis, magis quam ex verbis competit, clarè explicare, vt patet *ex l. oratio, ff. de sponsalibus, ex l. libertum 64 ff. de ritu nupt. & alibi,* I. C. id non omisisset, si putauisset ex sententia legis Tribunos contineri.

Quis enim credat eum postquam dixit Tribunos ex vi verborum exclusos esse, statim subiũcturum non fuisse, ex sententia legis tamen eos contineri, ne nos, eius auctoritate decepti, putaremus, satis esse, quod non contineantur in verbis, vt exclusi censeantur.

19 Tandem non potest negari, vim verborum secũdum latam significationem, Tribunos, & Præfectos contineri, vt probat tex. *in d. l. 2. in principio ff. de his, qui notantur infam.* quò pertinet id, quod legitur apud Suetonium in Caligula c. 42. *Legatos, qui auxilia serius ex diuersis locis adduxerant, cum ignominia dimisit.* Si enim ex sententia legis continerentur, quomodo I. C. negaret verba legis Tribunis, & Præfectis non conuenire?

20 Nec prodest Cuiác. quod in edicto Prætoris, notantis missos ignominiæ gratia, contineantur Tribuni, & Præfecti, qui discedunt, successore accepto, *d. l. 2. de his, qui notantur infamia*; quia cum de disciplina militari conseruanda agebatur, Romani rigorem maximum obseruabant. vide tex. *in l. 3. §. in bello, ff. de re milit. in l. 6. eod. tit.* Parentibus enim Romanis disciplina castrorum carior fuit ipsis filijs, vt auctor est Paulus *in l. postliminium 19. vers. filius quoque, ff. de capt. & postlim. reuers.* ideò mirum videri non debet si censet I. C. in edicto Prætoris notantis missos ignominiæ gratia, Præfectos, & Tribunos contineri, quia disciplinæ rigor sic postulabat.

Ad l. scripturas, C. qui pot. in pign. hab. *dum tractat de actione hypothecaria aduersus tertium exercenda, an sit fauore dignu, & an ei per æquipollens satisfieri possit, & an habeat locum cum duo testes de rei gestæ veritate deponunt. Cap. IX.*

1 INsignis est constitutio *l. scripturas, C. qui pot. in pign. hab.* circa quam multæ incidunt dubitationes, de quibus ante quàm agam, explicandum est, an ei possit per equipollens satisfieri, & an sit fauore digna.

Non esse fauore dignam illud suadere videtur, quòd per eam probandi facultas angustior redditur; vbique enim DD. clamant probandi facultatem non esse coartandam, DD. *in c. præsentia, de probat.* Surd. *decis. 267. nu. 9.*

2 In contrarium stat veritas, quia hæc lex fuit facta ad impediendas malorum hominum machinationes, qui scripturis priuatis, in damnum anteriorum creditorum vti solent, neque enim alia ex causa hæc lex facta fuit, quàm quia huiusmodi scripturæ suspectæ sunt, vt per Bart. ibi *col. 1. in fine, vers. & ratio huius vltime.* Gabr. *tit. de probat. conclus. 10. num. 2.* Negui. *de pignor. p. 7. membro 2. nu. 50. ad finem vers. cuius dicta.* Decian. *cons. 11. a num. 149. lib. 1.* Franc. *decis. 95. nu. 5.* Gail. *lib. 2. obser. 25. nu. 9.*

3 Nemo enim dubitat sanctiones fraudibus malorum hominum occurrentes maximo fauore dignas esse, vt post alios explicant Crauet. *in quæst. de indemnit. mulier. nu. 8. & 9. post tract. de antiq. temp.* Rota *decis. 75. num. 37. par. 2. diuers.* vbi dicit hoc esse certi iuris. Argumento autem ex aduerso allato cum Iustiniano respondebo, dum *in Auth. de hered. & Falcidia,* de re simili tractans sic inquit *in §. si verò non fecerit. Et hoc dicimus, non nostrum minuentes legem, quam posuimus, vt nihil de proprio damnificentur hæredes creditoribus, sed dabit ei pęnam exactio suæ malignitatis, cur transcenderit leges, ex quibus cautè omnia agens, nihil poterat damnificari.*

4 Quod autem dicitur non debere nos probationes angustiores reddere, sobriè intelligendum est, hoc est si modò malis hominibus non relinquatur

via

via dolis, & machinationibus ſuum cuipiam auferendi; qua rõne factum eſt, vt iuris nri conditores, et ſi præ cæteris diſpoſitionibus teſtamentarijs fauerent, *l. in teſtamentis, de reg. iur. c. cũ dilecti, de donat.* noluerint teſtamenta valere ſi aliqua ex multis, quas excogitauerunt, ſolemnitatibus deficeret, *l. ſi vnus, l. hac conſultiſſima, C. de teſtam.* has enim non alia de cauſa obſeruari iuſſerunt, quam quia verebantur malorum hominum impoſturas, *l. fin. C. de fideicom.*

5 Neque verò quiſpiam exiſtimet hanc conſtitutionem non eſſe fauore dignam, ex eo quòd eſt cõtra iuris rationem, cum enim iuris ratio non præfiniat certum modum hypothecas probandi, (quæ enim ſufficiens probatio exiſtimari debeat ex qualitate hominum tunc viuentium, & ex cæteris circumſtantijs pendet) vbicunque lex noua legibus veteribus circa hanc rem detrahit, ex eo, quod experientia docuit priorum legum obſeruationem non ſufficere ad impediendos improbos homines, non iuris rationi detrahit, ſed iuri veteri ſolummodò derogat, ex quo non poteſt colligi legem nouã, non eſſe fauore dignam, vt conſtat ex ijs, quæ ſcripſi ſupra lib. 3. c. 26. a nu. 10.

6 Explicemus nũc, an per æquipollens poſſit huic legi ſatisfieri, & negatiuè nos reſpondere cogunt illa verba legis, *ſin autem ius pignoris, vel hypothecæ ex huiuſmodi Idiochris, quis ſibi vindicare contenderit, eum qui inſtrumentis publicè confectis nititur, præponi decreuimus, etiam ſi poſterior inueniatur, niſi forte probatæ atque integræ opinionis trium, vel amplius virorum ſubſcriptiones eiſdem Idiochris contineantur, tunc enim quaſi publicè confecta accipiuntur.*

Cum enim Imp. reddat rationem, cur tunc præferantur, quia publicè confecta tunc cenſetur cautio huiuſmodi ſubſcriptionibus firmata, apertè indicat ei ſatis non eſſe, aliunde conſtare de veritate, quia aliud eſt dicere, ideò præferri, quia ceſſat ſuſpicio fraudis, & dicere ipſum præferri, quia publicè confecta cenſetur ſcriptura qua vtitur, cum trium teſtium ſubſcriptionibus munita fuit, non eſt enim idem dicere debere de veritate conſtare, & debere apocam ſic factam fuiſſe, vt inſtrumenti publici ſpeciem habeat.

7 His accedit, quod facilè in mentem venire potuit huius legis conditori, de veritate rei geſtæ aliter conſtare poſſe, quam per teſtes in apoca ſubſcriptos, id enim ſępiſſimè euenit, & ideò incredibile eſt eum ſic locuturum fuiſſe, ſi eius mentis erat, vt forma ab ipſo tradita poſſet per æquipollens adimpleri, cum enim poſſet omnem dubitandi occaſionem tollere dicendo eum, de quo agimus, eſſe præferendum, ſi adfuerint trium teſtium ſubſcriptiones, aut de rei geſtæ veritate clare apparuerit, cur dixiſſet non eſſe præferendum, niſi trium teſtium ſubſcriptiones adfuerint?

8 Quia tamen durum videtur vires ordinarias hypothecarũ denegare ei, de qua agimus, cũ nulla eſt fraudis ſuſpicio, propterea noſtri DD. receptiſſimis calculis docuerunt, vt locus ſit huius legis diſpoſitioni, ſatis eſſe fraudis ſuſpicionem ceſſare, textum interpretando, vt nihil aliud requirat, quã vt de veritate appareat, vt conſtat ex relatis per Ant. Gabr. *tit. de probat. concluſ. 10. a num. 9.* ex Couar. *pract. quæſtionum c. 22. num. 5. verſ. poterit tamen.* ex Franc. *deciſ. 95. num. 6.* ex Decian. *conſ. 12. a num. 149. lib. 1.* ex Surd. *deciſ. 71. a num. 31.* quæ opinio cum æquiſſima ſit, non erit facilè ab ijs, qui iuriſdictioni præſunt, reijcienda.

9 Illud autem diligenter cauendum eſt, ne huiuſmodi recepta ſententia abutamur, facilè exiſtimãtes ſuſpicionem fraudis ceſſare, quod vt conſequamur, in primis animaduertere debemus, apud iuris noſtri conditores exploratum fuiſſe, non eſſe facilè adhibendam fidem teſtibus, vt conſtat ex initio Auth. *de teſtibus, ex c. quia veriſimile, de præſumpt.* vbi ſic S. Pontifex, *Quoniam ſæpè contingit, quod teſtes corrupti facilè inducantur ad falſum teſtimonium proferendum,* ideoque ita demum ſatisfieri poterit huic legi, ſi per teſtes probatæ, atque integræ opinionis rei veritas conſtiterit. Neque enim in hac lege admittuntur ſubſcriptiones cuiuslibet, ſed eorum ſolummodò, qui probatæ, atque integræ
10 opinionis ſunt, qui autem ait teſtes probatę, & integræ opinionis eſſe, debebit id certis oſtendere teſtimonijs, vt optimè poſt alios docuerunt Purpurat. *in l. admonendi, num. 165. ff. de iur. iur.* Anto. Gabr. *de probat. concluſ. 11. in fine.* Neguſ. *de pignor. p. 5. membro 2. num. 47. verſ. tertio requiritur.* Rol. *conſ. 84. a num. 7. lib. 3.* Crauett. *de antiq. tempor. p. 1. §. quæritur, a nu. 36. ad nu. 42.*

11 Certis inquam teſtimonijs, id erit oſtendendũ, niſi enim teſtes per idoneas rationes dicant eos, de quibus agitur adeò honeſtè vixiſſe, vt apud eos, quibus noti erant optimam nacti fuerint famam, vtique non probant eos integræ opinionis viros eſſe, cum verò is, qui vult conſequens velit omne neceſſarium antecedens, *l. 2. ff. de iuriſd. omn. iud.* vtique Imp. qui vult conſtare de integra, & probata teſtium, qui apocam ſubſcripſerunt, opinione, reſpuit teſtes, qui non ſunt vitæ exploratæ, & integerrimæ, quia ſi ordinariæ honitatis teſtes ſatis eſſent facilè legi fraus fieret, & quod vna via denegatur, per aliam nullo negotio creditor chirographarius conſequeretur, fidem ergo huiuſmodi teſtibus non poterit iudex præſtare, niſi optimam de ipſis opinionem apud populum eſſe ſciat: hoc enim ſatis, quò ad hos teſtes eſſe reor, ne res in infinitum trahatur.

12 Cum autem illi tres teſtes, qui apocam ſubſcripſerunt non ſint ſatis chirographario creditori ad obtinendum contra eum, qui publicum adfert inſtrumentum, niſi ſuas agnoſcat ſubſcriptiones, vt conſtat ex traditis per Couar. *practic. c. 22. num. 5. verſ. tertio neceſſarium,* ex Gabr. *de probat. concluſ. 10. num. 22. 23. & 24.* ex Rol. *conſ. 74. nu. 11. lib. 3.* Surd. *deciſ. 71. nu. 1.* vt lex huiuſmodi habeat locũ neceſſe eſt tres teſtes integræ, & ꝓbatæ opinionis de rei geſtæ veritate deponere, niſi enim teſtis, qui apocam ſubſcripſit dixerit ſe interfuiſſe, & quid partes geſſerint intellexiſſe, non eſt huius rei idoneus teſtis, vt expoſui c. ſequenti num. 12. cum ſequentibus.

13 Euidenter itaque falſa eſt opinio illorum, qui docent duos teſtes de veritate contractus geſti deponentes ſufficere, vt locus ſit diſpoſitioni noſtræ legis, de quibus apud Gabr. *loco citato, num. 9.* Surd. *deciſ. 71. num. 4.* cum enim, vt locus ſit huic legi, nõ

fit

sit satis duos ex testibus suam agnoscere subscriptionem, non poterit esse ei locus, cum duo testes de veritate negotij gesti deponunt, quia dum illi duo testes suam agnoscunt subscriptionem, de veritate rei gestæ testantur, cum in huiusmodi subscriptione contineatur verum esse id, quod apoca continet, seque rei gestæ præsentes fuisse.

14 Insuper, dum quis apocam exhibet testibus munitam, aut ea vtitur ad probandum id, quod gestū fuit, vel vt ex ea actionem habeat, si primum dixeris certum est rem, vt gesta est in libello debere eū narrate, ad eiusque veritatem ostendendam apocam ab ipso exhiberi, & proindè dū eius aduersarius petit testes in apoca subscriptos examini subijci, nil aliud intelligit, quam de veritate rei gestæ ipsos interrogare, inanis itaque redditur huius legis dispositio, si satis est duos testes de veritate cōtractus testari, cum semper in hoc iudicio de veritate rei gestæ tractetur.

15 Quod si dixeris creditorem apoca vti, vt ex ea actionem deducat, in omnium reprehensionem incidis, quia nemo est, qui nesciat apocam per se non parere actionem, sed eam pendere ex contractu, de quo in apoca fit mentio. Apocam enim nihil aliud quam probationis speciem esse agnoscunt DD. *in l. admonendi, ff. de iur. iur.* dum inter alias probationes species ipsam, & chirographum enumerant. Id ipsum ostendit euidenter Iustin. *in §. finali, Instit. de oblig.* dum fontes obligationum explicans de his apocis non meminit, sed de re explorata nimis.

16 Postremò hæc lex inanis redditur, si hæc opinio retineatur; cum enim ille, qui duobus testibus chirographum munitum habet, omissa apoca possit per testes contractum probare, quid quæsò ei nocebit hæc lex? quod si ei non nocet, quid quæsò eius conditor voluit introducere, cum ille qui vnicūm testem habet ex iure veteri repellatur?

17 Nec nocent ea, quæ ex aduersò adferruntur, quod enim dicunt hypothecam non egere scriptura, verum esse fatemur, & ideò eam testibus posse probari affirmamus; non inde tamen sequitur, hypothecam duobus testibus probatam posse nocere posteriori creditori, per instrumentum publicum, suam probanti hypothecam; nisi enim huius legis obseruatio adimpleta fuerit, hypotheca quæ ex instrumento publico colligitur, præualere non potest; hoc autem, cum nouiter ab Imper. Leone introductum fuerit, vt ex huius legis tenore liquet, non est contra nos allegandum ius vetus, quod hac constitutione fuit sublatum.

18 Quod verò dicunt Imperatorem hoc ius constituisse, quando agitur de probanda hypotheca per apocam, & ideo non esse trahendum ad eum, qui hypothecam probat per testes, non per apocā, ex dictis sublatum est, neque enim diuersa est ratio probandi per testes, vel per apocam, cum vim nullam per se apoca habeat, quidquid enim apoca valet testibus subscriptionem agnoscentibus acceptum fert, vt docui nu. 13. huius capitis.

19 Non omitto autem legem, de qua agimus inanē reddi hac admissa interpretatione, vt ostendi, & ideò etiam si verum esset dilatare hosce modos pro bandi pignoris constitutionem, quod de apoca cōstitutum est trahi deberet ad eam probationem, quæ per testes fit; nunquam enim lex ita debet exponi, vt dignius nota reddatur legislator *l. Saluius Aristo, ff. de leg. præstan.* & nostri passim docent, in quam sententiam multa, quæ occurrunt, prætermitto, cum res exploratissima sit.

20 Quod si nostra hæc opinio propter auctoritatē eorum, qui aliud sentiunt, non satis tibi probetur, caueas ne existimes alios testes, quam eos, qui sint probatæ atque exploratæ vitæ adhibendos esse ad probandam rei gestæ veritatem, cum enim pluris coluris habeat intētio actoris chirographum exhibentis, quam eius, qui solos allegat testes, quia rarissimè sine scriptura huiusmodi contractus fiunt, absurdum enim esset maiorem exigere probationem, vbi minus res habet verisimilitudinis.

21 Secundò animaduertere oportet totum negotium versari inter eum, qui res suas obligat, & eū cui obligatur, quia veretur lex ne ipsi machinationibus quibusdā creditoribus anterioribus ius suū auferrant, vt explicat Bart. & plurimi alij relati per Ant. Gabr. *tit. de probat. conclus.* 10. *num.* 2. & alij allegati hoc capite num. 2. & ideò, cum sic res gesta est, vt veritatem eius testes non potuerint plene intelligere, non satisfit huic legi, quia per testes non tollitur suspicio fraudis, vbicumqne ergo coram testibus confessus fuit is, de cuius re agitur, se bona sua obligauisse hoc vel illo tempore, non poterit esse locus huic legi, etiam si de huiusmodi confessione per testes appareat, quia tunc testes nō testantur contractum eo tempore, quod contra creditorem instrumenti publici auctoritati innitentem, allegatur, fuisse gestum; sed dicunt creditorē, coram ipsis dixisse se huiusmodi contractum fecisse, & ideò non potest valere quidquam eorum testimonium, cum non possit esse plus in referente, quam sit in relato, cauendum est itaque à Surd. *decis.* 71. *num.* 8. dum contrarium docet.

22 Quod autem dicit Surdus confessionem nocere etiam successoribus singularibus, ad hanc rem non pertinet, quia non credit lex debitoris confessione in damnum creditoris probantis hypothecam per instrumentum publicum, nisi per testes de rei veritate appareat, vt admonet Castr. *cons.* 134. *num.* 1. *vers. nam circumscripta, lib.* 1. de eius enim fide suspicatur, vt communiter docent DD. in huius legis interpretatione, & alibi, vt constat ex Gabr. & allegatis supra nu. 2.

23 Retenta eadem opinione cauendum est à Negusan. *p.* 5. *membro* 5. *nu.* 47. dum post Socin. sentire videtur hac in re æquiparari comparationem litterarum, & testimonium testium suam agnoscentium subscriptionem; cum enim comparatio litterarum probatio sit admodum fallax, cum multi alienos caracteres adamussim nouerint imitari, vt patet ex Auth. *de instrum. caut. & fide, in principio*, ex DD. *in l. comparationes, C. de fide instrum.* ex Menoch. *de arbitr. iud. casu* 114. *a num.* 14. maxima vtique est differentia inter comparationem subscriptionum, & testimonia eorum qui subscripserunt.

24 Eadem ratione refellitur id, quod sentire videtur Anto. Gabr. *loco allegato, num.* 12. satis nempe esse, vt cum teste de veritate rei gestæ testante cōparatio litterarum concurrat, nam comparatio littera-

litterarum non debet cum teſtimonio cuius, qui præſens fuit conferri, rationem enim ſui teſtimonij concludentem, cum teſtis allegat comparationis vim vtique ſuperat, quæ in eo fundata eſt, quod neceſſariò non concludit, eum non deſiot homines, qui adamuſſim imitentur eam rationem ſcribendi qua alij ſolent vti, vt experientia docet, & ſcribit Iuſtin. *in Antb. de inſtrum. fide, & cautela, in initio*, non eſt inquam conferrēda in ſpetie noſtra, in qua ſuſpecta res eſt, & ideò maior probatio exigitur quam alias requiratur, propterea non eſt ſatis teſtes ex ijs eſſe, qui regulariter ius teſtimonij ferendi habent, ſed neceſſe eſt, vt ſint probatæ, & integræ opinionis, vt oſtendi ſupra num. 10. 11. & 12.

25 Eadem ratione deſtruitur opinio Caſt. *cōſ. 134. num. 1. ad finem lib. 1.* dum docet duobus ex teſtibus ſuam agnoſcentibus ſubſcriptionem, ſatis eſſe tertij teſtis ſubſcriptionem per comparationem litterarum probari; cum enim longè magis de veritate ſubſcriptionis conſtet ipſemet teſte eā agnoſcente, dum Caſtr. trahit id, quod diſpoſitum ſuit, cum teſtis eam agnoſcit, ad comparationem litterarum, argumentatur de maiori ad minus affirmatiuè, quod non eſt conceſſum, immò verò non ſic argumentatur Caſtr. ſed id dixit, quia in ea erat opinione, vt non eſſet neceſſarium teſtes agnoſcere ſubſcriptionem, vt locus ſit noſtræ legi, quemadmodum diſertis verbis explicat *loco allegato, ver ſic. iſtud enim*, quæ opinio cum frequentiſſimis calculis repudietura noſtris, vt patet ex allegatis ſupra num. 13. neceſſariò corruit hæc aſſertio, cum ex ea pendeat.

26 Non tollitur etiam omnis fraudis ſuſpicio, ſi is, qui allegatur apocam ſcripſiſſe mortuus fuerit ante quam inſtrumentum fuerit confectum, immò hac ratione aperitur via fraudibus, qui enim alienos caracteres imitantur facilè poterunt hac admiſſa opinione alicuius defuncti caracterem imitari, & adhibitis duobus teſtibus anteriores creditores eludere; illud ergo quod ſcribit Francus *decif. 95. num. 6. verſ. & in caſu de quo agebatur*, intelligi debet cum ex circumſtantijs negocij omnis tolliur ſuſpicio.

27 At dices duo teſtes probatæ, & integræ opinionis ſuas agnoſcunt ſubſcriptiones, ergo omnis tolli tur ſuſpicio. Reſpondeo Imperatori non ſufficere duorum huius generis virorum teſtimonia, quia materia periculo plena eſt, & ideò tres adeſſe vult, qui apocam ſua muniant auctoritate, quod ergo Imperator clarè reſpuit nobis admittere non eſt permiſſum.

Subſcriptio partium, & teſtium, an omninò neceſſaria ſit, & quemadmodum teſtes ſuas debeant agnoſcere ſubſcriptiones, vt ſit locus d. l. ſcripturas, C. qui pot. in pign. hab. *Cap. X.*

1 VT ſit locus *l. ſcripturas, C. qui pot. in pig. habeantur*, an ſit neceſſe vt partes ſubſcribant, ita vt nō ſit ſatis eū, qui ſe obligat ſubſcribere, cū verſamur in contractibus vltro citroque obligatorijs, controuerſi iuris eſt, vt conſtat ex Ripa *in l. admonendi, num. 104. verſ. ſeptimo requiritur, ff. de iur. iur.* ex Neguſ. *de pignor. p. 5. membro 2. nu. 47. verſ. ſecundo ad hoc.* ex Rol. a Valle *conſ. 84. num. 5. & 6. & nu. 13. lib. 3.* ex Couar. *practic. c. 22. nu. 5. verſ. ſecundo requiritur* ex Crauet. *de antiq. temp. p. 1. §. quæritur, num. 62.*

2 Qui negant, ex eo mouentur, quòd fidem non addit ſcripturæ ſubſcriptio cuius, ad cuius vtilitatem ſuit ſcripta, & ideò fruſtra illius ſubſcriptio deſideratur.

Qui verò affirmant vtuntur auctoritate huius conſtitutionis, cum inquit, *ſiue tota ſeries manu contrahentium, vel notarij, vel alterius cuiuslibet ſcripta fuerit, ipſorum tamen habeant ſubſcriptiones*; nam ijſdem terminis retentis conſtitutio loquitur, dum de re noſtra agit, vt ex contextu liquet, & explicat Neguſ. *de pign. p. 5 membro 2. num. 47. verſ. tamen*, & alij frequentiſſimis calculis admittut, illa enim verba, *ipſorum tamen habeant ſubſcriptiones*, reſtringunt id, quod dixit Imp. non referre, cuius manu ſcripta fuiſſet ſeries rerum in apoca contentarum.

3 Et huic ſententiæ adhæreo, quia hac ratione melius occurritur illis fraudibus, ad quas tollendas hæc conſtitutio fuit facta, cum enim ſuſpicio circa hanc rem conſiſtat in eo, quod lex veretur, ne interuenientibus amicis priuatim ſcriptura conficiantur in damnum creditorum, vt ex eius tenore liquet, & tradunt Bart. vt cæteri DD. de quibus in c. antecedenti, num. 2. ſi opus eſt ſubſcriptione vtriuſque partis, eo mortuo, vel in remotis partibus agente ad cuius fauorem apoca conſcribitur, non erit ita facilè rem componere, ſi eius ſubſcriptio neceſſaria eſt, ac fieret ſi ipſa non requireretur; neque enim in promptu ſemper ij ſunt, qui ſciant, & velint aliorum caracterem imitari in damnum creditorum.

4 Cumque moris ſit, vt illi, ad quorum fauorem apocæ conſcribuntur, ei ſubſcribant, cum de re grauì agitur, niſi cōtineat pecuniæ acceptæ, vel alterius rei confeſſionem, non caret ſuſpicione apoca carens ſubſcriptione alterius partis; neque enim facilè homines recedunt a more aliorum, cum nullo negocio id quod ſolet fieri obſeruari poteſt, & damnum poteſt eius omiſſio adferre.

5 Et ex his tollitur fundamentum aduerſæ partis, non enim ſubſcriptio ambarum partium requiritur, quia ſubſcriptio eius cuius gratia apoca conficitur, ei addat robur, ſed quia hac ratione difficilius eſt apocas falſas conficere, quod eſt illud, quod conſequi ſtudet Imperator in hac conſtitutione.

6 Et ex his colligitur deciſio dubitationis, de qua Crauett. *de antiq. temp. par. 1. §. quæritur, a num. 44.* an habeat locum hæc lex, cum partes ſigno eorum conſueto apocam abſque ſubſcriptione muniuerunt, cum enim facilè ſit plurimos artifices ſignum eius, cuius ſubſcriptio haberi nequit, imitari, non tollitur ſuſpicio fraudis ex ſigno eo modo, quo per ſubſcriptiones fit, ideóque quod de ſubſcriptione deciditur in hac lege, ad ſignum non debet trahi.

7 Eadem rōne exiſtimo non ſatisfieri huic legi, cū agit de eo, qui litteras neſcit, ſi ipſe, vt ſolet, ſignū S. Crucis deſcripſerit, & teſtes ipſum agnoſcant, eadem enim manet ſuſpicio; hocque nonobſcurè ſenſit Senatus Mantuanus, vt conſtat ex traditis per Surd. *deciſ. 137.* huicque opinioni valde fauet *§. oportet,*

§. oportet, *Auth. de instrum. caut. & fide*; quod si agatur de re magni momenti, res mihi videtur explorata, quia non solent homines, tam fragili cautioni niti, vbi de re graui, & damnosa agitur.

8 De subscriptione testium nunc agamus. Primò quæro, an satis sit testes signo eorum consueto apocam munire; hac in re negatiuam opinionem defendit Surd. *decis. 137. num. 1. cum sequentibus*, cui ex dictis adhæreo. Non omitto autem sæpius accidere, vt testes, qui apocam subscripserunt, paucis interiectis mensibus negotij gesti circumstantias obliuiscantur, facilè enim ex memoria excidunt, quæ ad eos non pertinēt, & ideò facilè esset testē, cū vocatur, vt suam agnoscāt subscriptionem, ab ijs, quorū res agitur decipi, qđ clarius explicabo.

9 Cum testis ad memoriam reuocare non potest omnes negocij gesti circumstantias, suam inspicit subscriptionem, & cum eam agnoscat intrepidè dicit verum esse, quod in apoca continetur, scit enim se non subscripturum fuisse apocam, nisi verè factum fuisset id, quod in ea continetur; & ideò si dicimus signum testis satis esse, vt locus sit nostræ legi, facilè erit imponere testi, nouam fabricando apocam eamque muniendo signo ad imitationem cōsueti eius signi confectō, illicò enim, ac testis signum suum agnoscit, credit se apocam signauisse, & proindè constanter asserit verum esse, quod in ea continetur; non licet itaque quod de subscriptione testium in hac lege deciditur, trahere ad signum testium.

10 Non omitto etiam rarissimè accidere, vt testes signo suo sine subscriptione apocas muniant, is enim ad cuius instantiam apoca conficitur id non solet pati, & ideò res est suspectissima, vt enim dicebam perrarò accidit homines pati rem contra cæterorum morem geri, cum id sibi damnum afferre potest, ideoque re vndique cōsiderata exploratam mihi videtur, signa testium non posse subscriptioni, de qua agimus supplere.

11 Multo minus ergo erit admittendum signum S. Crucis, quod illetterati conficere solent, dum quid subscribunt suffragari, vt apoca dicatur habere trium testium subscriptionem, tunc enim multò magis vrgent ea, quæ diximus de teste signante apocam suo consueto signo, sicque censuisse Senatum Mantuanum testatur Surd. *decis. 131*.

12 Superest, vt explicemus quemadmodum versari debeant testes in agnoscendis suis subscriptionibus. Cum autem exploratum sit, ideò hoc esse necessarium, quia alias non constaret de veritate eorum, quæ in apoca continentur, non est dubitandum debere sic testes in hac re versari, vt ex illis rei gestæ veritatem intelligat iudex, quia hac ratione tollitur suspicio doli, qui Imperatorem ad hanc edendam constitutionem mouit.

13 Et hæc est ratio, ob quam quotidie videmus permitti parti interrogatoria exhibere, cum de apocarum recognitione agitur, ex ijs enim, quæ testis oportunè interrogatus respondet, facilè est intelligere, quanta fides ipsi sit præstanda; cum enim testis ad agnoscendam subscriptionem vocatus bene respondet circa ea, quæ ad contractum huiusmodi pertinent, & suam agnoscit subscriptionem, suo officio dicitur plenè functus.

14 Quod si testis interrogatus, qua ratione sciat esse verum id, quod in apoca continetur, responderit id verum esse, quia suam agnoscit subscriptionem, non meretur fidem, quia insimul hæc stare possunt, quod ipse subscripserit, & tamen non sit verum id, quod in apoca legitur; & licet possit defendi dictum testis ipsum supplendo, quia ipse non subscripsisset, nisi fuisset rei gestæ præsens, attamē hæc interpretatio fieri non debet, cum scriptum sit in materia probationum, interpretationem fieri debere contra eum, qui illas adfert, glos. *in c. in præsentia, in verbo dubium, de probat.* & ibi DD. cū relatis per Surd. *cons. 151. nu. 48. lib. 2. & decis. 260. a num. 9. & alij passim.*

15 An verò testi, si deindè rationem huiusmodi, sic declarauerit, fides sit adhibenda, iudex examinare debet, *iuxta l. 3. §. tu magis, ff. de testibus*; perpensis enim omnibus circumstantijs testem percunctando oportunis interrogationibus, non erit difficile, cum in gratiam creditoris hypothecarij id dixit intelligere.

16 Quod si testis de veritate contractus gesti immemor sit, vel de tempore, quo factus fuit, tunc eius subscriptio ad obtinendum priuilegium nostræ legis, nihil planè suffragabitur, cum enim nullam aliam rationem possit reddere, cum interrogatur, an præsens fuerit huiusmodi contractui, & an tunc temporis initus fuerit, quam quia ipse agnoscit suā subscriptionem, euidens est eum non mœreri fidē, testis enim debet rationem sui dicti ex aliquo sensu corporeo elicere, vt probat Bald. *in l. 3. num. 1. C. de testib.* & nostri passim admittunt.

17 Hocque sentiunt DD. nostri dum communiter docent oportere testem, qui apocam subscripsit dicere se præsentem fuisse, cum ipsa scripta fuit, adeas Rotam *decis. 170. & decis. 124. par. 2. diuers.* neque enim huiusmodi testis dicit se præsentem fuisse, sed existimare se tunc temporis præsentem fuisse.

18 Hucque pertinet id, quod notat gloss. magna *in l. Lucius, ff. de his, qui not. infam.* testem scilicet, qui plenè non narrat rei gestæ seriem non mereri fidē, quam traditionem nostri communiter sequuntur Bal. *in l. lata, num. 38. C. de his, qui accus. non poss.* Alexan. *cons. 88. num. 9. vers. non obstat, & num. 10. lib. 4.* vbi propterea reijcit testem, qui non recordabatur totius tenoris conuentionis, idem Alex. *cons. 148. num. 6. in fine, & num. 7. eodem lib. cons. 33. num. 21. lib. 3. cons. 94. ante num. 1. & num. 1. lib. 6.* Ripa *in l. admonendi, num. 188. ff. de iur. iur.* Ias. *in l. 2. nu. 16. C. de bonor. poss. secund. tab. in l. eleganter, num. 2. ff. de condict. indeb.* & alij passim.

19 Hac autem in re ideò apoca distat ab instrumento publico, cuius fidei non detrahunt testes, qui tenoris eius non recordantur, quia instrumentum per se probat, & ideò, vt ei fidem adhibeamus, non est opus testimonio testium, sicut accidit in apoca, vt probat Alexan. *cons. 33. nume. 15. & 21. lib. 3.*

20 Cum denique ad fidem faciendam testimoniū debeat esse certum, quod enim infirmum est, & nutans, iudicem instruere non valet, hac in re non erit distinguendum inter testem, qui tempus, vel substantiam contractus gesti oblitus fuit, & eum, qui

qui in eius recordatione eſt dubius, ac incertus, hancque æquiparationem facit Alex. *d. conſ.* 148. *nu.6.in fine, & nu.7.lib.4.*

An diſpoſitio d. l. ſcripturas, habeat locum, cum iure municipali cautum eſt, vt non minus libris credatur, quàm inſtrumentis publicis. Cap. XI.

1 CVm iure municipali cauetur libris rationum mercatorum, aut aliorum non minus eſſe credendum, quam inſtrumentis publicis, an ſit locus noſtræ legi, ita vt creditor poſterior præferri debeat, ſi ex publico inſtrumento hypothecam deducat, niſi adfuerint tres teſtes ſubſcripti iuxta formam noſtræ legis, tractant Soc. ſen. *conſ.* 240. *circa præſentem, lib. 2.* Negu ſ. *de pignor. p. 5. membro 2. num.47.verſ.modo dubitatur, & nu.48.*

2 Duplex circa hanc rem verſatur dubitatio. Primò, an vt locus ſit noſtræ legi, ſatis ſit iure municipali non minus credi libris rationum, quam inſtrumentis publicis. Secundò, an iure municipali hypothecam tribuente pro obligatione, de qua ex libro rationum conſtat, cenſeatur derogatum noſtræ legi.

3 Quod pertinet ad primam dubitationem, libris rationum fauent poſtrema verba noſtræ legis, dũ admittit hypothecam de qua conſtat per apocam trino teſte, & ſubſcriptione partium munitam, quia inſtrumẽti publici ſpetiem habet; idem enim accidit libris rationum, de quibus agimus iure municipali ſic iubente, & ideò huic rei conuenire videtur *l. non poſſunt, ff. de legib.* legibus ſemper ineſſe, vt ad omnes caſus pertineant, qui quandoque ſimiles futuri ſunt.

4 Secundò huic fauet opinioni receptiſſima noſtrorum traditio, ceſſare nempè noſtræ legis diſpoſitionem, cum ceſſat fraudis ſuſpicio, cum enim ſtatutum, aut conſuetudo non ſinit veritatem librorum rationum in dubium reuocari, nullam ſuſpicandi occaſionem de ijs, quæ in huiuſmodi libris ſcripta ſunt adeſſe, indubitato oſtendit teſtimonio.

5 Contrarium verius eſt, quod vt pateat ad memoriam reuoco id, quod legitur *in l. exemplo, C. de probat.* dum inquit, *Exemplo nimis graue eſt, vt ei ſcripturæ credatur, qua vnuſquiſque annotatione propria debitorem conſtituit, vnde neque fiſcum, neque alium ex ſuis ſubnotationibus debiti probationem præbere oportet.*

Non poteſt ergo quiſquam iure exiſtimare hoc genus probationis, quod iuris Romani conditores, adeò abhorrent ex mente Leonis auctoris noſtræ legis, dici poſſe ſimile probationi, quæ teſtium probatæ, & integræ opinionis teſtimonio nititur, & ideò non habet ſpetiem inſtrumenti publici eo ſenſu, quo loquitur noſtra lex, ad effectum ſcilicet omnem tollendi ſuſpicionem.

6 At dices ex intentione ſaltem eorum, qui ſtatutum introduxerunt, hi dici poſſe ſimilem, quod ſatis eſt, cum potuerint conſtituere, vt per probationem, de qua agimus, noſtræ legi ſatisfiat.

Reſpondeo leges correctorias, & periculoſas ſtrictiſſimè accipi debere, vt paſſim tradunt DD. & præcipuè Iaſ. *in Auth. quas actiones, C. de S. S. Eccleſ.* & in his legibus ſuo iure vindicat ſibi locum Accurſ. noſtri traditio *in Rubr. C. de ſeruit. & aqua*, qua frequentiſſimè DD. vtuntur, ea nempè quæ ſunt digna ſpetiali nota non venire in generali ſermone; id enim de quo agimus eiuſmodi eſſe non poteſt quiſpiam inficiari. Nam Leo Imperator noluit eam probationem, quæ gentium conſenſu in plerique omnibus negocijs recepta eſt, ſatis eſſe in hac ſpetie, non enim permittit ius hypothecæ per apocam conſtitutæ habere vim contra creditorem ius ſuum ex inſtrumento publico deſcendentem, niſi a partibus, & a tribus teſtibus probatæ, & integræ opinionis fuerit ſubſcripta.

7 Quod ſi ex iure non ſcripto vim probandi libri rationum nacti fuerint, res exploratiſſima eſt, cum enim conſuetudo eatenus vim habeat, quatenus obſeruatum fuit a populo, vt omnes vno ore docẽt *in l. de quibus, ff. de legibus, in cap. fin. de conſuetud.* quicumque dixerit eam in hac ſpetie, quæ iure ſingulari ab alijs diſtinguitur locum habere, neceſſe erit probare in hac ipſa ſpetie receptum fuiſſe, vt non minor librorum priuatorum, quàm inſtrumẽtorum publicorum ſit poteſtas, & hoc eſt, quod noſtri paſſim dicere ſolent, non eſſe ſatis probare conſuetudinem in genere, ſed opus eſſe, vt probetur in ipſamet ſpetie de qua agitur.

8 Si itaque contigerit quemquam in hac ciuitate Piſana in ſuis libris priuatis ſcribere, ſe eum aliquo contraxiſſe, qui ſibi omnia ſua bona obligauit, & de contractu non conſtet iuxta modum in noſtra lege præſcriptum, non poterit ſe libri rationum auctoritate tueri, niſi oſtenderit conſuetudinem Piſanam ad hunc caſum pertinere.

9 Et ex his ſublata ſunt ea, quæ ex aduerſò allata fuere, cum enim ſtatutum non poſſit efficere, ne probatio hæc ſit periculo plena, non poteſt quiſpiã ex eius diſpoſitione elicere nullam hic adeſſe ſuſpicandi occaſionem, quod ſi Leo Imperator eam probationem, quæ gentium vniuerſo conſenſu recepta eſt, quæ ſcilicet duorum teſtium teſtimonio firmatur, non carere ſuſpicione exiſtimauit, qua ratione nobis licebit affirmare periculo carere eam probationem, quæ pauciſſimarum ciuitatum conſenſu nititur?

10 Alteram nunc explicare oportet dubitationem, pro libris rationum vrget, quod ſtatuti diſpoſitio generaliter concepta, decernit libros rationum ad conſtituendam, & probandam hypothecam idoneos eſſe, ac ſi inſtrumenta publica eſſent, leges enim generaliter conceptæ generaliter debent accipi, *l. legata generaliter, ff. de leg. præſtand.* & ideò eius diſpoſitio contra eum locum habere debet, qui ex inſtrumento publico ſuam elicit hypothecam.

11 In cõtrarium vrget, quod non eſt veriſimile auctores ſtatuti tollere differentiam, quam ius commune facit inter hos caſus, cum non fecerint ſpetialem de hac re mentionem, cum ſoleant legum conditores ea, quæ ſpetiali nota ſunt digna verbis claris diffinire.

12 Vrget etiam, quòd hoc genus probationis adeò periculoſum eſt, vt omnium ferè gentium conſenſu fuerit repudiatum, & ideò quantum fieri poteſt iura municipalia hanc reſtringentia probationis ſpetiem ſtrictè intelligenda ſunt.

Quid

13 Quid dicendum? Verba statuti diligenter sunt perpendenda, ex illis enim mens eorum, qui ipsum condiderunt potissimum colligi debet *l. Labeo, ff. de suppellect. leg.* Verba autem statuti, si possunt ita exponi, ne hunc casum contineant, non est dubiū non esse existimandum ipsum huic legi derogare, non modò quia, quantum fieri potest legum correctio euitari debet, sed etiam, quia materia periculosa est, neque enim statutum facere potest, quin mali homines possint antidatæ beneficio anteriores creditores supplantare, cum possint libros veteriores exscribere, & quo libuerit tempore contractum, de quo agitur, in eo, quem ex his conficiunt libro adnotare, neque enim artes desunt sic rem conficiendi, vt suo tempore quæquæ scripta videantur, quæ vno contextu scripta fuere.

14 Quod si verba adeò ampla sint, vt commodè non possint coarctari, animaduertere oportet, an statutum dicat libros non minus valere ad constituendam, vel probandam hypothecam, quam valeat instrumentum publicum.

Si enim dixerit per libros rationum æquè bene constitui hypothecam, ac fit per instrumentum publicum, non corrigitur per ipsum nostra lex, quia aliud est agere de constitutione hypothecæ, aliud de eius potestate, namque tex. non negat hypothecam constitui si non obseruetur forma in ea tradita, sed vetat eam allegari aduersus eum, qui instrumento publico nititur, & proindè statutum quod est interpretatione coarctandum, non erit, ad rem nostram trahendum.

15 Si verò dixerit libros rationum æquè bene probare hypothecam, ac fiat per instrumenta publica, tunc per ipsum censebitur derogatum nostræ legi, nisi enim aduersus eum, de quo agimus haberet locum, non æquè bene per libros probaretur hypotheca, ac fit per instrumentum publicum.

16 Quid si res cum clerico, vel ecclesia sit, & aduersus eam hoc statutum allegetur, quid dicendum? rem sic puto esse distinguendam: Aut clericus post fidet, aut concurrit cum cæteris creditoribus; si possidet non erit contra eum allegandum hoc statutum, iuxta *c. Sanctæ Mariæ, de constit.* si verò cōcurrir cum creditoribus aliud erit obseruandum, quia modus præscriptus est iudici, quem in prælatione creditorum obseruare debet, qui cum præteriri non possit, clericus ex defectu actionis excluditur, quod cum accidat, etiam quando is, qui hypothecam probat ex libro rationum possidet, idē tunc erit obseruandum.

Ad l. 1. & 2. C. ne fideiuss. dot. dent. *Cap. XII.*

1 CONstitutione Grat. Valent. & Theod. Impp. cautum fuit, ne fideiussores dotium a maritis exigātur, quæ habetur *in C. Theod. sub tit. de fideius. dot. & in C. Iust. in tit. ne fideiuss. dot. dent.* quæ his verbis conscripta est.

Siue ex iure, siue ex consuetudine lex proficiscatur, vt vir vxori dotis seruanda fideiussionem exhibeat, eā iubemur aboleri.

Hanc constitutionem Iustin. comprobauit, ampliauitque lege desuper lata in hæc verba.

Generali definitione constitutionem pristinam ampliantes sancimus, nullam esse satisdationem, vel mandatum pro dote exigendum, vel a marito, vel a parte eius, vel ab omnibus, qui dotem susceptiunt, si enim credendam mulier se se, suamque dotem parti mariti existimauit, quare fideiussor exigitur, vt causa perfidiæ in connubio eius generetur?

2 Horum Impp. finis fuit prouidere, ne inter coniuges discordiæ occasio oriatur, vt ex constitutione Iustiniani clarè deducitur, & omnes interpretes admittunt.

Timor autem hoc in casu ex eo oritur, quod maritus succenseat vxori quoties fideiussorē huiusmodi postulat, vt non obscure insinuat Iustinianus, dū ait, *Si enim credendam mulier se se, suamque dotem parti mariti existimauit, quare fideiussor exigitur, vt causa perfidiæ in connubio eius generetur?* quo genere argumenti vtuntur etiam Impp. Valent. Grat. & Theod. *in l. hac lege, C. de pact. conuentis,* & S. Pontifex *in c. per vestras, de donat. inter vir. & vxor.*

3 Atque ita hanc rem communiter nostri intellexerunt Lud. Roman. *in l. si constante, in principio, num. 18. vers. tertio quia, ff. sol. matrim.* vbi Ias. *nume. 59.* Couar. *in e. quamuis, de pact. lib. 6. par. 2. §. 2. num. 9.* Io. Gutierez *de contractib. iur. c. 21. nu. 2. in fine p. 1.* Cuiac. *in recitationibus solemnibus, ad tit. C. ne fideiuss. dot. dentur, vers. & ratio, & tract. 4. ad Africanum ad l. si vir vxori, §. quod vxor. ff. ad S. C. Velleian.* Ant. Ering. *in tract. de fideiuss. c. 6. a num. 146.* & alij, quos refert, & sequitur P. Barbos. *in l. si cū*

4 *dotem, §. transgrediamur, num. 39. ff sol. matr.* Itaque non est assentiendum Cuiac. dum ait, idem esse statuendum in marito, quod scilicet, nec ipse a muliere fideiussorem dotis soluendæ nequeat accipere, non enim mulieri se committit vir, sed vxor marito se se tradit.

5 Sed dicet aliquis, cur ergo permittit vxori petere pignora pro dotis cautione, *l. 5. de pignorib. l. quod autem 8. §. si vxor, de donat. int. vir. & vxor.* & habetur in alijs pluribus locis: non potest quis enim infieiari, & hoc in casu, mulierem palam ostendere, se de fide mariti dubitare. Cur enim muliet, quę se, suamque dotem marito committit, pignora petit?

6 Iacob. Cuiac. *in recitationibus ad dictum tit. ne fideiuss. dot. den.* inquit, *& ratio differentiæ inter fideiussorem, & pignus hæc est. Nam dato pignore res vxoria tantum ponitur in tuto, non etiam committitur alterius personæ fidei, quam mariti ipsius, fideiussor obtinet locum debitoris, pignus rei debitæ. Non est aliena fides eligenda, fateor, aut quærenda. Non quæritur autem aliena fides, si quæritur pignus, quod sit loco rei vxoriæ. Ac præterea in exigendo fideiussore est quædam contumelia l. 18. in fine de testam. tutel. quæ non est in exigendo pignore.*

7 Sed ne Cuiac. assentiar illud efficit, quod prædicti Impp. existimauerunt occasionem dissidij ex eo oriri, quòd mulier, quæ se ipsam marito committit, non audeat eius fidei dotem committere; Veretur enim legislator ne maritus, qui vider palam ab vxore suam fidem in dubium reuocari, ei succenseat, ac irascatur. Itaque nō refert, an maiori afficiatur nota maritus, cum poscuntur fideiussores, si modò mulier poscendo pignora, eam oc-

Nn casionem

caſionem præbet, quam legiſlator tollere voluit: ſcrupuloſa res eſt coniugum concordia, in eaque conſeruanda legiſlator prudês habenas laxat, omnemque occaſionem tollit.

8 Aliter huic difficultati occurrit Gabr. Mudeus *de pignoribus, c. de pacto legis com. num.* 24. duaſque affert differentias inter pignora, & hypothecas. Prima eſt, quia dum mulier petit maritum hypothecare res ſuas pro dotis cautione, id ipſum petit, quod lex ei concedit *l. vnica, §. ſed vt plenius, C. de rei vxor.*

Secunda ratio eſt, quia ſi fortè maritus labatur facultatibus, poſſet fideiuſſor cogere maritum ad liberandum eum a fideiuſſione, *iuxta l. ſi Titius, ff. mand.* quæ res diſcordiæ occaſionem præberet, qui timor cum non cadat in pignore, meritò diuerſum ius in ipſo fuit receptum.

9 Nec iſtæ rationes ſubſiſtunt; prima enim euidenter falſa eſt, quod enim mariti bona ſint tacitè hypothecata pro dote a Iuſtiniano inductum fuit, & ſecus erat tempore eorum Iuriſconſultorum, ex quorum ſcriptis deſumpti fuerunt loci ſupra allegati, quæ fuit animaduerſio Enrigij *num.* 146. eadem facilitate altera ratio corruit: nam cum lex concedat mulieri facultatem petendi dotem a marito cum vergit ad inopiâ, *l. ſi conſtante, ff. ſolut. matrim.* non potuit hac de cauſa induci, ne fideiuſſores dotium dentur.

10 Ego rem aliter puto eſſe explicandam: exiſtimo enim virtute prædictarum legum non licuiſſe vxori pignora petere: nam, & tunc diffidij occaſio datur marito, cur enim, inquit ipſe, mulier, quæ ſe ipſam mihi committit ſine pignore, non audet mihi dotem dare? cur mulier, quæ in virum me elegit, dum poſcit pignora, profitetur me modicæ fidei eſſe?

11 Nec dicatur hanc legem rationi iuris aduerſari, & per conſequens trahi non poſſe de caſu ad caſû, *l. quod verò, ff. de legibus.* Quia aduertendum eſt, quod ſi legiſlator putauit occaſionem probabilem diſſidij oriri, quoties mulier oſtendit, ſe de viri fide dubitare, defectiuus fuiſſet ſi & hunc caſum nô comprehendiſſet, quia de viri fide dubitare ſe oſtêdit mulier quoties pignora poſcit: quo circa, defeciſſet legiſlator, & reprehenſione dignus eſſet, qđ vbi contingit, lex etiam contra rationem iuris trahitur de caſu ad caſum. Non debemus enim admittere auctorem legis imprudentem, fuiſſe, cum id fieri poteſt *l. 1. ff. de legibus.*

12 Nec prædictis obſtât leges ex aduerſo allegatæ, & alij iuris loci, in quibus idem probatur, quia procedunt ſecundum ius vetus: auctores enim ex quorum ſcriptis dicti loci deſumpti fuerunt, floruerunt ante Grat. Valent. & Theod. Impp. vt notiſſimum eſt.

13 Ideò autem hi loci in ff. inſerti fuerunt, quia ex conſtitutione Iuſtiniani, quod mariti bona intelligantur tacitæ hypothecata pro dote, (quam ante ff. compilationem factam fuiſſe ſubſcriptiones indicant,) ius vetus reuiuixit. Namque cum mulier poſſit ſibi hypothecare bona mariti, id ipſum petit, quod lex ei concedit, & ideò omnis ceſſat occaſio diſſidij, ac diſcordiæ.

14 Hinc intelligimus eſſe veriſſimam opinionem Baldi Nouell. *par. 6. priuileg.* 21. *num.* 10. dum in propoſito diſtinguit in pignore rei mobilis, & in hypotheca, vt hæc concedatur, illud verò nequaquam; quem ſequitur Io. Gutierez *de iur. p. 1. c. 21. nu. 5. verſ. qui dicit.* idem ſentit Salic. *l. 1. nu. 4. verſ. iam quia, C. ne fideiuſſor. dot. dent.* nam lex noua mariti quidem bona hypothecari ſtatuit, ſed pignora dari, vel exigi non permittit.

16 Pro qua opinione præterea conſidero, longè difficilius eſſe marito dare rem mobilem pro pignore dotis, quam fideiuſſorem, pauci enim ſunt il li, qui res mobiles habeant, quæ pignori dari poſſint ſine incommodo maximo, & ideò difficillimum redditur marito huiuſmodi pignus conſtituere, & per conſequens longè maior occaſio daretur perfidiæ hoc modo, quam petendo fideiuſſorê. Non eſt igitur credibile, legiſlatorem prohibere iſtud, illud verò permittere.

17 Maximè, quia aperta eſſet via fraudâdi legem: mulier enim non fideiuſſorem peteret, ſed pignus.

Non obſtant iura, quæ allegantur, nam tex. *in l. 1. qui pot. in pignor. habeantur,* loquitur in extraneo, qui dotem dedit pro muliere, vt patet ex principio legis, in quibus terminis nô procedit noſtrarum legum diſpoſitio, vt in c. ſequenti a nu. 12.

18 Tex. *in l. quamuis* 45. *de ſol.* loquitur de prædijs vxori obligatis, vt ex ipſo clarè apparet, in eiſdem etiam terminis loquitur tex. *in l. quod autem, §. ſi vxor, de donat. int. vir. & vxor.* & text. *in l. ſi vir, §. quod vxor, ad Velleian.* nam ibi res obligata non fuit tradita creditori, igitur erat res immobilis, pignus enim tradi ſolet, cum in re mobili conſiſtit, *§. item Seruiana, Inſt. de act.*

Cauendum eſt igitur ab Ant. Enringio *in tract. de fideiuſſor. d. c. 6. num.* 135. qui contrarium docuit, nulla, vt mihi videtur, ſolida ratione motus.

19 Vt hucuſque explicauimus, finis auctorum iſtarum legum fuit auferre occaſionem diſſidij coniugum, cui occaſio præberi videtur ex eo, quòd mulier poſcendo fideiuſſores, de fide mariti videtur dubitare.

Hinc intelligimus, falſû eſſe, quod ſcripſit Hermanopol. *lib. 4. tit.* 8. & cum eo Cuiac. *ad d. tit. ne fideiuſſ. dot. dent.* quod ſcilicet his conſtitutionibus non ſit locus, vbi ante nuptias conuenit inter partes, vt darentur fideiuſſores; cum enim, & hoc caſu eadem prorſus ratio vigeat, non poteſt negari, quin hæc lex, quæ eſt fauorabilis, non conſeruet concordiam maritalem, debeat hunc caſum continere, videmus enim, quod lex Iulia de fundo dotali, etiamſi & ipſa ſit contra rationem iuris, & loquatur de marito, tamen, & in ſponſo ſibi locum vendicat *l. 4. ff. de fund. dot.*

20 Idque eo libentius admitti debet, quia facillimum eſſet has conſtitutiones eludere, mulier enim ante nuptias conueniret, vt fideiuſſores darentur, modicumque immò nullum commodum attuliſſet conſtitutio Iuſtiniani, ſi matrimonio iam contracto ſolum procederet, quę enim dubitatio erat, quod, ſi promiſſa fuit dos ſimpliciter marito, non poſſet cogi ad ſatiſdandum, vel moderatorem dandum de ſeruanda dote?

21 Secundò ex dictis ſequitur, non licere mulieri exigere reos debendi, qui promittant dotem ſaluâ fore,

fore, cum enim grauius sit, reum debendi offerre, quam fideiussorem, necessariò sequitur, etiam hûc casum fuisse in lege comprehēsum, nam tantò magis argui videtur fides mariti, cuius nihil refert fideiussorem inuenire, an reum debendi, quia vterque admittetur ad fidem eius subleuandam; idque sine difficultate admittendum est, quia a has mulieri nihil nocerent hæ constitutiones; quid enim mulieris interest reum debendi habere, an fideiussorem? & ideo imprudenter has constitutiones factas fuisse, easque nihil planè operari non posset quispiam in dubium reuocare: atque ita docuit Io. Andr. *in addit. ad Speculat. in tit. de dote post diuort. restit. in principio litt. K.* & Bart. *in l. si constante, §. quoties, num 6. ff sol. matrim.* vbi Alex. *num. 7. & 8.* & ideò non est attendendum eis.

22 Qui ab hac opinione recesserunt, quos recēsent Io. Gutierez *de contractibus iur. p. 1. cap. 21. num. 9.* Petrus Barbosa *in l. si cum dotem, §. transgrediamur, num. 38. & 39. ff. sol. matr.* Ant. Enring. *in tract. de fideiuss. r. 6 num. 196.* qui duplici nituntur fundamento. Primò ex *l. fin. C. de dot. caut. non numer.* Secundò ex duabus rationibus diuersitatis, quas adfert Barbos. *d. num. 39.*

23 His fundamentis facilè responderi potest, nam *ad l. final. C. de dot. caut. non num.* ibi quidem probatur eos, qui dotem suscipiunt habere exceptionē non numeratæ dotis, non tamen hinc infertur eū, qui suscepit dotem, vt reum debendi, obligari vxori, quod facilè est claris ostendere argumentis, aut enim existimas eo in casu extraneum dotem suscepisse sciente marito, aut eo ignorante, si eo sciente clarum est maritum obligari, non eum, qui suscepit dotem, *l. si mulier 60. de iur. dot. l. si tum dotem, §. transgrediamur, ff. solut. matr.* qua ratione factum est, vt Iustinianus prohibuerit, nec ab his, qui dotem suscipiunt fideiussores exigi, quia cum illi sint procuratores mariti, qui de eorum fide dubitat, de mariti quoque fide dubitare se ostendit.

24 Si verò ignorante marito dotem susceperit, eamque saluam fore promiserit, & tunc hæc res non pertinet ad leges, de quibus agimus, quæ vetant, fideiussores dotis seruandæ ab vxore exigi ne occasio diffidij oriatur inter coniuges, timor enim huiusmodi hi cessat, & ideò etiamsi admitterem, hunc obligari vti reum debendi, quod falsum puto, nihil tamen suffragaretur aduersarijs.

25 Ideò autem puto, hunc non obligari, quia si hoc concederetur, aperta esset via fraudādi legem, eadem enim facilitate, qua inducitur quis ad constituendum se reum dotis, induceretur eriam ad afferendum se ignorante marito dotem suscepisse: & ideò etiam hoc prohibitum esse concludere oportet, ne imprudentiæ legislatorem arguamus, quòd viam fraudandi legem apertam reliquerit.

26 Illi ergo, qui dotem suscipiunt non obligantur vti rei debendi, istis tamen conceditur exceptio non numeratę dotis aduersus vxorem, eiusque hæredes, etiam per viam actionis, iuxta terminos *l. 7. C. de except. non num. pecun.* ne dotem, quam non habuerunt, cogantur restituere, & hæc de primo fundamento satis superque, ad secundum veniamus.

27 Nititur Barbos. ostēdere diuersitatem rationis inter hos casus. Primò, quia reus vltrò se obligat. Secundo, quia ad eum peruenit pecunia dotalis, sed nihil agit. Prima enim ratio ex dictis tollitur. Secunda verò ex eo corruit, quòd dotem suscipit nomine mariti, non vt sibi retineat, ergo idem est, ac si non habuisset secundum regulam iuris. Non videtur quisquam id capere, quod ei necesse est alteri restituere, *l. non videtur quisquam 51. de reg. iur.*

28 Concludo igitur, nec reum debendi exigi posse a muliere pro dotis cautione; nec in proposito distinguendum esse arbitror, an is, qui se obligat sit pater mariti, an alius, prout facit Bart. *in d. l. si constante, in principio, num. 34. & 35. & in §. quoties, num. 6. ff. solut. matr.* & cum eo alij com. vt patet ex DD. ibi, & ex Io. Gutierez *de iur. p. 1. c. 21. num. 9.*

30 Nam siue pater promittat, siue alius, semper habet locum ratio illa, *si mulier se ipsam, dotemque suā marito credendam esse putauit, cur reus exigitur, vt occasio perfidiæ in connubio eius generetur?* neque enim occasio hæc oritur ex qualitate eius, qui fidem mariti per suam promissionem subleuat, sed ex eo, quod mulier petendo fideiussorem, vel reum debendi, de fide mariti videtur dubitare; atque ita rectissimè opinatus fuit Ant. Enring. *in tract. de fideiuss. r. 6. a num. 150.*

31 Non obstant fundamenta partis aduersæ, nam quod pertinet *ad l. 3. C. de dot. caut. non numer. & ad l. si tum dotem, §. transgrediamur, ff. solut. matrim.* animaduertendum est, dubitationem nostram versari in eo casu, quo maritus dotem habet, ad eamque restituendam obligatur, cum habet, inquam, ipse, aut alius eius nomine, nam si secus fit, maritus non obligaretur, & per consequens id esset extra terminos nostrarum legum, quæ agunt de eo casu, quo præter mariti obligationem mulier alium postulat sibi obligari pro cautione dotis.

32 Itaque ista quæstio non est intelligenda eo casu, quo filius in potestate est, & parens matrimonio consentiens dotem accipit, nam tunc socer obligatur, non maritus, vt est tex. *in d. l. si cum dotem, §. transgrediamur,* vbi latè declarat P. Barbosa *num. 6. & 7.* Ideoque non pertinent ad quęstionem nostrā tex. *in d. l. final. C. de dot. caut. non num.* qui a loquitur de socero, qui suscepit dotem, & sic de eo casu, quo maritus non obligatur.

Minus etiam nocet tex. *in d. §. transgrediamur,* etenim is quidem socerum admittit obligari ad dotis restitutionem, sed non simpliciter, verum si dotem ipse habuit, vel alius eius nomine, quo casu,

33 vt dixi, ipse solus obligatur, non maritus. Longè minus obstat, quod aduersarij dicunt, adeo magnā insitam esse beneuolentiam a natura inter patrem, & filium, vt non sit dubitandum, quod ex hac fideiussione occasio aliqua offeratur filio irascendi vxori. Nam, vt expolui, occasio ex eo oritur, quod mulier petendo alium pro dote obligari, dubitare videtur de fide mariti, & ideò nihil refert, quod inter fideiussorem, & maritum magna adsit beneuolentia, nihilque refert, quòd pater facilè pro filio promittat, cum in his casibus mulier de fide viri dubitare se ostendat.

Itaque indubitanter concludendum est in proposito non esse statuendam differentiam, an pater, an alius, pro marito promittat: quod si versare-

Nn 2 mur

mur in terminis simplicis fideiussionis, res, vt mihi videtur, est clarissima. Cũ enim a marito exigi fideiussorem lex prohibeat, vtique ex vi verborum & pater fideiubens continetur, non potest ergo aliquo colore hic casus ex huiusmodi lege eximi, cum verba, & ratio optimè ei conueniant.

Alia dubitationes proponuntur ad explicationem l. 1. & 2. C. ne fideiussor. dot. dentur. *Cap. XIII.*

1 TRes adhuc supersunt dubitationes ad explicationem *l. 1. & 2. C. ne fideiussor. dot. dent.* Prima est, an dotis restituendæ fideiussor dari possit. Secunda, an is, qui dat dotem pro muliere fideiussorem exigere possit. Tertia, an fideiussio sponte oblata valida sit.

Quò ad primam pertinet dissentiunt nostri, an dotis restituendæ fideiussor dari possit. vide Bart. *in l. si constante, §. quoties, num. 2. cum seqq. solut. mat.* vbi Castr. *num. 7.* Alex. *num. 5.* Bald. Nouell. *de dote p. 6. priuil. 11. a num. 1.* Campeg. *de dot. par. 3. q. 173.* Io. Orosc. *in l. ius publicum, ff. de pact.* Io. Gutierez *de contract. iurat. p. 1. c. 21. nu. 9.*

2 Ego assentior illis, qui negant. Motus primò, quòd dictæ constitutiones nihil operarentur, quid enim refert habere fideiussorem dotis seruandæ, & dotis restituendæ, cum non alia de causa seruari
3 dotem mulier curet quam vt possit restitui? Secundò, quia in lege Iustiniani, hic casus continetur siue verborum vim, siue rationem eius perpẽdamus. Verba sunt hæc. *Sãcimus, nullam esse satisdationem, vel mandatum pro dote exigendum.* Ratio autem his verbis exponitur. *Si enim credendam mulier se se, suamque dotem parti mariti existimauit, cur fideiussor exigitur, vt causa perfidia in conubio eorũ generetur?*

4 Modo respõdendum est adductis in contrariũ. Primò affertur tex. *in l. 1. d. tit. ne fideiussor. dot. dẽt.* dum prohibet fideiussorem dotis seruandæ exigi nulla facta mentione restitutionis, cum enim hæc lex sit contra iuris rationem strictè, & propriè est intelligenda *l. quod vero, de legibus.*

Respondeo illud verbum seruandæ varias habere significationes, præcipuè verò seruari ab aliquo id dicitur, quod ex eius bonis deduci potest; hinc tex. *in l. fin. ff. de administrat. tutor.* ait, *Cautum autem esse videtur etiam, si tutor erit idoneus, a quo seruari possit id, quod pupillus ex litis æstimatione,* &c. eodem sensu accipitur *in l. final. ff. si ventr. nomia. propè finem.* Seruare etiam significat recuperare, sic dicitur seruare pęnam a socio *l. 6. in fine, ff. com. diuid.* eodem sensu legitur *in l. si mandata 14. de fideiussor. & mandat. Item si cum Titio egeris, ego non liberabor, sed in id dumtaxat obligatus ero, quod a Titio seruare non potueris.* eodem sensu accipitur *in l. si fideiussores 7. ff. de fideiussor.* & etiam apud Cicer. *ad Q. fratrem lib. 3. epist. & ad Rufum lib. 5. epistol. 10.*

5 Itaque nullum incommodum erit exponere dotis seruandæ, idest dotis recuperandæ a marito, qui sensus eo facilius accipi debet, quòd exponendo eo modo, quo volũt aduersarij, dicere nos oportet, tex. hunc intelligendum esse de dote consistente in re immobili, non autem de ea, quæ in pecunia, similivè re consistit contra omnium interpretum intentionem, cum enim dicat tex. consuetudinem fuisse introductam, vt maritus dotis seruandæ fideiussorem daret, vtique si tex. prædicto modo intelligitur, per hanc consuetudinem introductum fuisset, ne maritus pecunia in dote data vteretur, quod non est admittendum, quia incredibile est vllo in loco fuisse legem, vel consuetudinem, vt dos in pecunia, similivè re consistens deberet per maritum conseruari, vtque maritus non possit illa vti, aliaque incommoda sequerentur, quæ ex dictis colligi possunt.

6 Secundum argumentum est hoc: idem est quid facere tempore prohibito, vel conferre in tempus prohibitum, *l. cum in tempus, ff. de hæredum instit.* ergo idem est, quid fieri tempore permisso, vel cõferri in tempus permissum: ergo cum permissum sit, vt fideiussor detur matrimonio soluto, permissum quoque erit durante matrimonio, si modò cõferatur in tempus soluti matrimonij, prout fit, cum datur fideiussor dot. restituendæ.

7 Respondeo, vt multa prætercam, quæ circa hãc rem dicere possem, istam æquiparationem admitti posse, quoties non incideremus in id, quod lex impedire intendit; in casu ergo nostro, in quo eadẽ occasio diffidij præbetur, siue fideiussio detur dotis conseruandæ, siue dotis restituendæ, vt exposui, non erit admittenda comparatio huiusmodi.

8 Tertiò adsertur tex. *in l. si fideiussor, ff. de re iudicat. in l. alia 74. ff. sol. matrim.* in quibus defensores, & fideiussores mariti de dote restituenda in iudicio conuincuntur, & condemnantur, ergo fideiussio tenet.

Omissa responsione Bart. *in d. l. si constante, §. quoties, num. 8. ff. solut. matrim.* nego in his tex. agi de fideiussore dotium. Verba *d. l. alia*, sunt hæc, *Alia causa est defensoris, quem placet sufficienter videri defendisse, si tantum vxori præstet, quantum consequeretur, si ipsum maritum conuenisset*, defensoris enim causa longè distat a fideiussore. vide tex. *in l.*
9 *minor, eum seqq. ff. de procuratorib.* Tex. autem *in d. l. & si fideiussor*, hæc sunt verba. *Et si fideiussor acceptus sit rei, vel actionis non proderit ei, si persona, pro qua fideiussit, in quantum facere potest condemnãda est.* His verbis nullum verbum de marito fideiussore, ideò nihil contra nos vrget.

Nec dicas de marito quoque esse intelligẽdum ratione antecedentium, ac subsequentium, nam in l. antecedenti, ad quam venit continuatiuè, agitur de marito, & in eadem lege post dicta verba hæc subijciuntur. *Si maritus non fuerit soluendo, licet ipsi marito prosit, quod facere non possit hæredi eius non prodest.*

Respondeo enim, compilatores posuisse in dicto titulo varios I. C. locos agentes de illis, qui nõ condemnantur, nisi inquantum facere posset, vt patet *ex l. sunt qui 16. cum multis sequentibus*, in quibus varij casus explicantur pertinentes ad maritum, & alios, qui exceptionem prædictam habent, & quidem promiscuè. Itaque dum tex. noster ait, etsi fideiussor acceptus sit, non venit, continuat sermonem tex. immediatè præcedenti, sed aliorũ tex. in quib. decisum fuit, plures p̃sonas prædictam exceptionẽ habere, limitãs omnia dicta, vt non procedant,

cedant, quoties fideiussor rei, vel actionis acceptus fuit, in qua regula ideò maritus non continetur, quia Pomponius, qui eam proponit, supponit, fideiussionem tenere, validamque esse.

10 Ad verba subsequẽtia respondeo, illa non venire continuatiuè ad verba prius posita, & ideò tanquam diuersa à præcedentibus, non accipere interpretationem, cuius rei plurima exempla occurrunt, quæ ideò omitto, quia cuilibet obuia sunt.

Alia argumenta pro eadem opinione adferuntur, quæ ideò non refello, quia ex scriptis in capite antecedenti facillimè fieri potest.

11 Secunda erat dubitatio, an si quis alius dotem pro muliere dederit, is possit fideiussorem dotis seruandæ postulare Gloss. *in l. 1. C. de fideiussor. dot.* negat, eamque ibi sequitur Salicet. *num. 3. in fine.* Io. Gut. *de iur. confir. p. 1. c. 21. nu. 12.* Anto. Enring. *de fideiuss. c. 6. a num. 199.*

Fundamentum in eo positum est, quòd eadem sit æquitatis ratio, & per consequens idem ius esse debeat.

12 Secunda est opinio, vt in extraneo dotante cesset harum legum dispositio, quam opinionem tenuit Lud. Roman. *in l. si constante, num. 26. ff. solut. matrim.* vbi Ias. *num. 59. & 60.* alios refert, eamque sequitur Bal. Nouell. *de dot. p. 6. priuil. 21. num. 12.* Campeg. *de dot. p. 3. q. 177.*

13 Mouentur, quia hoc casu cessat ratio considerata ab Imper. cur enim timendum est, vt maritus irascatur vxori, si extraneus dotans eam postulauerit dotis seruandæ fideiussorem?

14 Ego nulla adhibita distinctione, an extraneus, an pater det dotem, puto, eum posse fideiussorem dotis seruãdæ exigere a marito, motus ex eo, quòd nec verba legis, nec ratio eius conueniunt huic casui.

Verba non conueniunt, nam lex 1. disertis verbis de vxore loquitur dicens, *vt vir vxori dotis seruandæ fideiussionem exhibeat*, tex. etiam *in l. 2.* satis clarè ad vxorem se restringit, postquam enim veuit fideiussores dotis seruandæ dari, reddensque huius rei rationem, inquit. *Si enim credendam mulier se se, dotemque suam parti mariti existimauit, quare fideiussor exigitur, vt occasio perfidiæ in connubio eorum generetur?* nisi enim dicamus in superioribus verbis Iustinianum locutum fuisse restrictè de vxore petente fideiussorem, illa ratio non concludit in eo casu, quo non ipsa, sed is, qui dotem dat fideiussorem petit. Non est enim recta argumentatio, mulier, se ipsam, dotemque suam marito credit, ergo, & is, qui dotem dat sine fideiussore dotem eredere debet; & ideò hoc casu non præbetur occasio diffidij.

15 Nec dicas filiam posse patrem cogere, vt ei liberè dotem tradat, cum paternum officium sit collocare filiam in matrimonium; quia aduertendum est, nõ posse iudicem cogere patrem, vt alicui personæ in indiuiduo tradat in matrimonium filiam, nec enim iure cautum reperitur, nec ratio id suadet, sed solum potest imperare patri, vt filiam honesto viro nuptui tradat, & ideò posset pater dicere, nolo huic dare filiam meam in vxorem, quia de eius fide dubito, & ideò in proposito nulla differentia inter patrẽ, & extraneum est constitenda.

16 Nec dicatur cum Anton. Enring. quod cum ad incommodum mariti æque pertineat fideiussorẽ dare, siue petat illum vxor, siue alius, inter hos casus non debere nos constituere differentiam. Nam animaduertendum est, non incommodum mariti in proposito considerari, sed periculum diffidij cõiugum, quæ sola causa potuit esse sufficiens in proposito ad constituendum, ne vxor dotem suam in tuto ponere posset per fideiussionem. Cum enim expediat Reip. mulieribus dotem conseruari *l. 1. ff. sol. matrim.* conueniatque iuri, ac æquitati, vt qui rem suam alteri credit, eam recuperet, solum incommodum mariti non poterat esse idonea causa ad discedendum a iuris regulis, quibus cautum est omni obligationi fideiussorem accedere posse, *l. 1. ff. de fideiussorib.*

17 Tertia erat difficultas, an marito sponte offerente fideiussores nulla præcedente vxoris postulatione, sit locus harum legum determinationi, de qua latè agunt Bald. Nouell. *p. 6. priuil. 21. num. 5.* D. Fachin. *lib. 8. controuers. c. 86.* Ant. Enring. *de fideiussor. d. c. 6. a num. 153. vsque ad num. 184.*

In partem affirmatiuam hęc ratio me trahebat. Nec verba, nec ratio harum legum huic casui conueniunt, ergo nec dispositio conuenit.

Non conueniunt verba, nam lex 1. vetat cogi maritum, vt exhibeat vxori dotis seruandæ fideiussorem; lex secũda continet, nullam esse satisdationem, vel mandatum pro dote exigendum; ergo propositum casum non continent, non enim coactus maritus fideiussorem exhibet, sed vltrò, nec rogatus quidem, quo fit, vt satisdationem exigi à marito asserere non possimus, non conuenit etiã ratio, cum enim maritus fideiussorem vltrò offerat, quæ nam occasio hic adest perfidiæ, & diffidij?

18 In aliam tamen sententiam proficiscor: motus ex eo, quòd si hoc in casu fideiussor obligaretur, aperta esset via fraudandi constitutiones; eadem enim facilitate, qua inducitur vir ad dandum fideiussorem, induceretur ad dicendum, se vltrò eũ obtulisse. Ne ergo videatur legislator, se adeò imprudenter gessisse, concludendum est, & hunc casum contineri, ducto argumento a consequenti ad necessarium antecedens, iuxta terminos *l. 2. ff. de iurisd. omn. iud.* Cum enim voluerint dd. Impp. huiusmodi leges obseruari, negari non potest eos voluisse hunc casum continere, quia aliàs patens via adesset illas eludendi.

Nec in proposito vim verborum vrgeas, quia cum ex natura rei in necessarium antecedens, hic casus contineatur, non est cur de verborum significatione solliciti simus, vbi enim euidens est voluntas legislatoris, verborum corticem negligimus *c. 6. & 8. de verb. signific. l. scire leges, ff. de legibus.*

Mulier, an amittat dotem ob adulterium, & ob osculum, vel tactum luxuriosum ad §. quia verò plurimas, Auth. vt liceat matr. & auiæ, §. si quando, Auth. vt nulli iudic. *Cap. XIIII.*

1 IVstinianus *in Auth. vt liceat matri, & auiæ*, constituit mulierem quam adulteram esse constiterit, dotis amissione mulctari, hoc tamen ius correctum fuisse ab eodem Iust. *in §. si quando, Auth.*

vt nulli iudic. ſcribũt Curt.iun. *in rubr. C.de edendo, num.*28. vbi Camillus Plaut. *num.*4.aduerſus quos inſurrexerunt Menoch.*de arbitr.iud.lib.*2.*centur.*5. *caſu* 419.*a nu.* 60. Cætar Coſta *ambiguit. iur.lib.* 1. *c.* 37. & alij ex recentioribus.

2 Conſtituit Iuſtinianus *in d. §. ſi quando*, mulierẽ adulteram detrudi in monaſterium, eamque indè amplius diſcedere non poſſe, ſi maritus intra biennium mutata voluntate eam habere penes ſe noluerit, addita hac pęna, vt ſi quidem habeat deſcẽdentes, duas partes accipiant ſubſtantiæ eius, reliquam ad monaſterium, in quod detruditur, pertineat, quod ſi liberis careat, & extent parentes, Imper. iubet eos quatuor huiuſmodi ſubſtantiæ vncias habere, & reliquum monaſterij fieri, ita tamẽ, vt ſemper viro ſeruentur pacta in inſtrumentis dotalibus ad fauorem ipſius confecta; ex quo intelligimus eum loqui de ſubſtantia mulieris continente dotem, cum pacta dotalia conſcribantur circa dotem, *vt in l.*1. *& toto titulo ff. de pact. dotalib.*

3 Variæ extant noſtrorum ad hunc textum explicationes, quas examinare non expedit, vt verò veriſſimum appareat id, quod allaturus ſum, meminiſſe oportet Iuſtinianum ſolitum eſſe, cum leges anteriores corrigit, multis verbis exponere cauſas, cur id faciat; & ideò incredibile eſt eum corrigere voluiſſe leges vetuſtiores, & eas, quas ipſe tulerat de dote mulieris adulteræ, adeò ieiunè, cum nulla cauſa eſſet, cur id faceret, vt conſtat ex dictis infra a num. 11.

4 Quod eo durius videri debet, quia in eadẽ conſtitutione diſertè habetur viro adulterium committente, mulierem donationem propter nuptias lucrari, cum enim longè grauius peccet mulier adultera, quam vir, cur tanta iuris diuerſitas inter eos fuiſſet introducta? res adeò abſona eſt, vt nec Tullij oratio poſſet excuſare Iuſtinianum, ſi id conſtituiſſet, & ideò non eſt admittendum eum id conſtituiſſe *l. Saluius Ariſto, ff. de legat. præſt.*

5 Quodque Iuſtinianus hoc ius non induxerit argumẽtum illud præterea maximum præſtat, quòd Leo Imperator conſtitut. 32. de hoc non meminit, cum tamen ibi grauitatem huius ſceleris pluribus verbis extollat, quod vtique non erat prætermiſſurus, cum in eo totus fuerit, vt conſtitutiones Iuſtiniani non ſatis prudenter factas, redargueret, & & abrogaret, vt eius Nouellæ indicant.

6 Idem ſenſit S. Pontifex *in cap. plerunque, de don. inter vir. & uxor.* dum ait. *Si mulier ob cauſam fornicationis iudicio eccleſiæ, aut propria voluntate a viro receſſerit, nec reconciliata poſtea ſit, eidem dotem, vel dotalitum repetere non valebit.* Sic enim ſenſiſſe ipſum, quicquid Curt. & Plautius contendant, luculenter oſtenderunt Coſta, & Menoch. locis allegatis, ad quos te relego.

7 His præcognitis dico Iuſtinianum loqui de ſubſtantia mulieris a dote ſeparata, auctoremque habeo Leonem Imperatorem *in d. conſtit.* 32. dum ait. *Sed ob ſcelus præmiſſum in monaſterium, velut in exilium detruditor. Et ſi monaſtica vitæ deſiderio correpta illam ſuſceperit, quæcunque ipſius bona a dote ſeparata ſunt, ea liberi, & monaſterium inter ſe diſtribuunto: ſi liberi nulli ſuperſint pro illis parentes, & ſi neque hi ſint, alij cognati ad diuiſionem inducuntor.*

8 Nec nocet, pacta dotalia dotem, non autem reliquam ſubſtantiam mulieris attingere, quia licet plerunque id verum ſit, non rarò tamen ſecus eſt, veluti ſi factum fuerit pactum, vt ex ſuo mulier liberos, aut ſeruos hæreditarios exhibeat, aut alia onera ſubeat, quæ ad maritum ſpectarent, qua de re ſcripſi libro 3.c.4. Idem accidit, cum mulier promiſit in conſeruationem, aut refectionem prædij, vel domus dotalis ex ſuo inpendere, vel ſi promiſerit de ſuo communem filiam dotare, aut aliquid aliud ex ſuo patrimonio erogare in ijs, quæ vtilitatẽ, aut voluptatem mariti reſpiciunt, quæ adeò rara non ſunt, vt huc trahi poſſit *l. vnã ad ea, ff. de legib.* maximè cum alias legiſlator non leuem incurreret notam, *iuxta l. Saluius Ariſto, de leg. præſtand.*

9 Expendamus nunc argumentum, quo Camillus Plautius nitebatur oſtendere hodie ceſſare amiſſionem dotis; in eo autem conſiſtit, quòd diuortiũ, quod olim erat cauſa amiſſionis dotis *l. Lucius, ff. ſol. matr. l. miles, §. ſocer, de adulter. l. conſenſu, C. de repud. §. nuptias, §. mitiores, Auth. de nupt. §. quia verò plurimas, Auth. vt liceat matr. & auiæ*, hodie receſſit ab aula Catholicorum *c.* 2. *de transl. Epiſcoporum.*

10 Pro ſolutione animaduertere debemus diuortiũ per ſe cauſam idoneam non fuiſſe dotis amittendæ, cum non amitteretur dos, niſi ex quibuſdam cauſis diuortium tactum fuiſſet. vide *l. conſenſu, C. de repud. tex. in d. §. quia verò plurimas.* & ideò dum Plautius ait diuortium cauſam proximam fuiſſe amiſſionis dotis, laborat in æquiuoco, quia diuortium fiebat, vt intelligeret mulier virum beneficio a lege conceſſo vti velle, vt optimè conſiderant Menoch. *num.*62. *verſ. ego verò*, Coſta *verſ. & licet*, qui ad oſtendendum hoc verum eſſe adducit tex. *in d. §. quia verò plurimas*, dum ait. *Cauſas, pro quibus poteſt repudium mitti, ex quibus poteſt, & dotem recipere, & donationem cauſa mortis exigere. Et in §. mitiores, Auth. de nupt.* dum inquit. *Si vir probauerit, licet vxori obijcere, & dotem lucrari.*

Fit ergo mentio in noſtris legibus de diuortio, quia illi, qui dotem lucrari volebant, eius libellum mittebant, ne reconciliati cum vxore cenſerentur; & ideò vir, ſi poſtulauerit thorum ſeparari, dotem obtinebit, cum non minus alienata ab vxore hinc appareat mariti voluntas, iuxta regulam *l. non eſt nouum, ff. de legibus.*

11 Agamus nunc de muliere, quæ non adulterium commiſit, ſed paſſa fuit ſe luxurioſè deoſculari, aut impudico tactu contaminari, de qua latè agunt DD. *in rubr. C. de edendo, & in rubr. extra de iudicijs.* Menoch. *de arbitr. iud. caſ.* 387. Coſta *d. lib.* 1. *c.* 39. D. Fachin. *in poſtrema parte controuerſiarum*, & Farinac. *in tractatu de delictis carnis*, & plerique mulieri fauet, quorum ſententiam, vt commodius redarguere valeam, admoneo apud homines vix, immo ne vix quidem, referre, an conſtiterit de adulterio, an de oſculo, aut actu impudico, vulgò enim creditur mulierem, quæ honeſtatis fines tráſgreſſa fuit, facilè ad adulterium labi, ita vt non minus male audiat mulier, de qua agimus, quam faciat ea, de cuius adulterio conſtat, itaque huic ſpeciei conuenit id, quod admonet Leo Imperator *conſt.* 32. dum inquit.

Adul-

12 *Adulterij scelus, si quod aliud, grauem horrēdamque pœnam exigit, & vt puto homicidij pęna non minorem. Homicida enim persepe vnius tantum sanguinaria manu vitam euertit: Scelestus verò adulterij perpetrator, quamplurimos ferè de medio tollit, maritum, liberos, cognatos, aliosque, dum vno vulnere lacerato matrimonio omnes prosternit.*

13 His præcognitis meminisse oportet maritum, cuius coniux passa fuit, se se luxuriosè deosculari, grauem pati iacturam, cum quòd ad patrimonium, nam vxorem, quæ curā familię, & filiorū gerebat, oportet eam eijcere ni męcus existimari velit, & famulam conducere, quæ eius munus adimpleat, difficilius eum maritum filiabus inueniet, propter quod maiorem dotem ipsis dare eum oportebit, igitur ex re mulieris debet ei satisfieri, quoniam qui damnum dedit, damnum resarcire debet.

Cum autem nihil aliud plerunque mulier habeat, quam dotem, meritò dicimus ex dote ei satisfieri debere, iuxta regulam *l. nā ad ea, ff. de legib.* eo modo, quo ei satisfit, cum adulterium cōmisit.

14 Et licet Iustinianus *in §. quia verò plurimas, Authen. vt liceat matri, & auiæ,* nominatim non exprimat hanc causam, nihil tamen nobis obest, quia cum iuris naturalis regulæ omninò postulent marito relinqui dotem pro compensatione iniuriæ acceptæ, non possumus sine nota dimittere Iustinianum, si dicimus eum hanc culpam excludere voluisse, cum nulla causa sit, cur mitius cum damno mariti cum hac muliere se gesserit, quod vbi accidit, quæuis capitur interpretatio *l. Saluius Aristo, ff. de legat. præst.*

Quod ergo ait Iustinianus non debere dotem amitti ex causa, quæ ibi non fuerit expressa, ad eas causas referendum est, q̄ sine culpa ab eo omitti potuerunt; & ideò ad hanc nostram non pertinet, cū ipsam prætermittere non potuerit sine offensione iustitiæ, de qua ideo spetialiter non meminit, quia perrarò accidit constare de osculis luxuriosis absque suspicione adulterij, quod commissum nō fuisse supponimus in hac quæstione.

Filius, an possit repudiata patris hæreditate, retinere feudum per mortem ipsius ad eum deuolutum ad titulum, an agnatus, vel filius defuncti possit retinere feudum repudiata hæreditate. *Cap. XV.*

1 Filium non posse repudiare hæreditatem patris, & capere feudum quod per mortem eius ad ipsum deuolutum fuit, dilertè habetur *in tit. an agnatus vel filius defuncti*, dum ait.

Vbi vero filium reliquit ipse non potest hæreditatē siue beneficio retinere, sed aut vtranque retineat, aut vtranque repudiet, quo repudiato ad agnatos, si paternum, sit pertinebit.

2 Huius textus decisionem non posse restringi ad feudum a defuncto acquisitum euidens est, quia loquitur de feudo paterno, quod a feudo nouo contradistinguitur, *vt in titulo si de feudo defuncti contentio fuerit inter dominum & agnatos*, & quia non esset constituenda differentia inter filium, & agnatos.

3 Non potest etiam restringi ad feudum, quod obtineri non potest, nisi quis hæres sit vltimi vasalli, quia non admitterentur agnati, qui repudiauerunt hæreditatem eius.

4 An autem intelligi debeat de feudo paterno hęreditario, ad quod obtinendum satis sit hæredem esse primi acquirentis, videamus; antea autem animaduertere nonnulla oportet.

Primò malam consequentiam esse filius repudiauit hæreditatem patris, ergo non est hæres primi acquirentis, cum possit non rarò accidere, vt ex persona alterius hæreditatem primi acquirentis habeat.

Secundò notare oportet malam quoque consequentiam esse, agnati de quibus agitur in textu descendunt a primo acquirente, igitur eius hæredes sunt, cum multa accidere possint, propter quæ hęreditate eius careant.

5 Tertiò notare oportet sæpè accidere eos, qui feudum acquirunt curare, vt deficientibus suis liberis ad illud vocentur agnati, quo casu sæpè accidit agnatos non esse hæredes primi acquirentis.

6 His præcognitis examinemus textum, in eo dicitur. Primò loco agnatos posse repudiare hæreditatem vasalli, & capere feudum per mortem eius ad ipsos deuolutum. Secundò inquit filium defuncti non posse repudiata hæreditate patris feudum obtinere.

Si dicimus auctorem agere de feudo paterno hæreditario, in magnam vtique incidit culpam, cum enim ad feudum hæreditarium paternum non possint agnati aspirare, nisi sint hæredes primi acquirentis, non rectè agnatos admittit ad huiusmodi feudum, absque vlla distinctione, dum inquit. *Agnatus, ad quem vniuersa hæreditas pertinet, repudiata hæreditate, feudum si paternum fuerit, retinere poterit; mala enim consequentia est agnatus est, ergo hæres est primi acquirentis.*

7 Malè etiam indistinctè pronuntiaret filium, qui patris hæreditatem repudiauit, feudum huiusmodi habere non posse, quasi tunc hæres esse non possit primi acquirentis.

Tantoque magis auctor damnandus esset, quòd ex professò rem tractat nullo prorsus nobis relicto inditio, quòd de huiusmodi feudo tractet.

8 Cumque auctor ad tollendam dubitationem, quæ apud rudes oriri poterat ex sermone indistinctè prolato, eum loqui de feudo nouo, nominatim exprimit, se de feudo paterno agere, cur non expressit se agere de feudo paterno hæreditario, in quo tanta est dubitandi occasio?

9 His accedit id, quod auctor in fine textus inquit, *Agnatis tamen consentientibus poterit dominus filiis, si voluerit, quasi de nouo beneficium inuestire:* hinc enim intelligimus eum velle eos casus exponere, in quibus filius repudiata patris hæreditate feudum habere potest, ergo non est credibile eum agere de feudo hæreditario, quia tunc omitteret mentionē casus, qui frequenter accidit, quando scilicet satis est ad feudum obtinendum esse hæredem primi acquirentis.

10 Postremò, & hoc, vt mihi videtur, omnem tollit dubitationem; auctor tractat, an & quando is, qui repudiat hæreditatem vasalli defuncti possit feudum obtinere, si ageret de eo casu, quo repudiatio huiusmodi efficit, ne hæres primi acquirentis

tis

tis ſit ille, qui repudiauit, non deberet differentia fieri inter filium, & agnatos; ſi verò agit de eo caſu, in quo repudiatio non efficit, quo minus is, qui repudiauit ſit hæres primi acquirentis, inſulſa eſt eius tractatio Quid enim refert tractare ad effectũ obtinendi feudum, an vaſallus ſit hæres vaſalli defuncti, ſi ſatis eſt eſſe hæredem primi acquirentis?

21 Neceſſe eſt ergo dicere auctorem, dum de repudiatione huiuſmodi tractat, non habere reſpectum ad hæreditatem primi acquirentis, ſed ſolum reſpicere an hæres ſit is, de quo agitur vaſalli defuncti; & ideò verba textus generaliter concepta, abſque diſtinctione accipi debent quibuſcunque verbis feudum conceſſum fuerit, ſi modò hac in parte iuribus feudalibus non fuerit derogatum.

22 Cur autem hoc ius fuerit receptum, videamus: quod pertinet ad agnatos euidens cauſa eſt, cur repudiata illius hæreditate poſſint ad illud aſpirare, ſi enim hæreditarium eſt, ſufficit eos eſſe hæredes primi acquirentis alia ratione, quàm ex perſona vaſalli defuncti.

Cur autem oporteat filium, qui ad feudum paternum non hæreditarium aſpirat eſſe hæredem patris, & cur non ſit ei ſatis eſſe hæredem primi acquirentis, ſi hæreditatem patris repudiauerit, non ita apertum eſt.

23 Cuiacius in expoſitione huius textus inquit, agnatum capientem feudum paternum, illud accipere, non tanquàm feudum vaſalli defuncti, ſed volut feudum primi acquirentis, & ideò hæreditate eius, qui poſtremò deceſſit non indiget; filius autẽ, qui ingreditur patris locum, & ex perſona eius proximiores agnatos excludit, non poteſt repudiare hæreditatem paternam, quia non conſiſtunt inſimul, vt quis velit perſonam patris repreſentare, & eius hęreditatem repudiare, *Auth. de iure iur. a mor. præſt. in principio.*

24 Hæc ratio non conſiſtit, quia cum textus indiſtinctè dicat agnatos excluſo filio ſuccedere, non poteſt reſtringi ad eum caſum, in quo filius remotior eſſet agnatis, ſi iure repreſentationis non vteretur.

25 Vera ergo eſt illa cauſa, quam affert Duar. *de feud. c.* 11. *num.* 9. deducta ex pietate a filio patri debita, cum enim dedecus magnũ exiſtimaretur abſque hærede decedere, *§.* 1. *Inſt. quib. man. licet, vel non*, iure exiſtimauerunt conſuetudinum feudaliũ auctores, indignum eſſe feudo eum, qui adeò negligit famam paternã; ab eoque non debere ſperare dominum obſequium, & fidelitatem condignã, qui cum poſſet ſine ſuo incommodo, (confecto nẽpe inuentario) hæreditatem capere, voluit paternum nomen cum dedecore inter homines verſari.

26 Hæc eſt de grauiſſima hac controuerſia ſententia mea, aliorum dicta ſi ſcire cupis, huius loci interpretes adeas, necnon Oſaſcum *deciſ. Pedemont.* 162. Miſſing. *cent.* 3. *obſeruat.* 67. Andr. Gail. *lib.* 2. *obſeruat.* 154. vbi Greuetus *in addit.* *Siluan.* conſ. 30. Ceſal. *conſ.* 224. D. Fach. *lib.* 7. *c.* 5. Piſtor. *lib.* 2. *par.* 1. *q.* 2. & alios infinitos propemodum, de quibus Roſental. *in tractat. de feudis cap.* 7. *concluſ.* 20. *&* 21.

Vaſallo culpam committente in perſonam domini, ob quam feudo cadit, an feudum liberè ad dominum reuertatur ad §. fin. quæ fuit prima cauſa beneficij amitt. *Cap. XVI.*

1 INgens controuerſia eſt, an vaſallo culpam committente in perſonam domini, feudum redeat ad dominum liberè in præiudicium eorum, qui in inueſtituris antiquis vocati fuerunt, de qua tractãt DD. *in §. fi. quæ fuit prima cauſa beneficij amittendi.* Zaſius, Curtius, Scraderus, Vulteius, & alij, qui de feudis commentarios euulgauerunt, necnon D. Fachineus *lib.* 7. *controuerſ. cap.* 22. *cum ſequentibus.* Piſtor. *p.* 1. *lib.* 2. *q.* 16. Roſental. *c.* 10. *concluſ.* 4. 5. 6. *&* 7.

2 Eorum ſententiam veriſſimã eſſe exiſtimo, qui docent liberè ad dominum redire, quam ſententiã in primis probat tex. *in §. fin. quæ fuit prima cauſa benef. amitt.* vbi inquit.

Denique ſępè quæſitum eſt vaſallo propter iuſtam cauſam a feudo cadente, vtrum ad dominum, an ad ſucceſſorem vaſalli beneficium pertineat, quæ verba oſtẽdunt ex profeſsò auctorẽ quærere id ipſum, quod nos inquirimus; vtitur autem illis verbis, *an ad ſucceſſorem vaſalli*, quia nulla eſt differentia, quis ſit ille qui ſucceſſurus erat, ſi feudum non amiſiſſet, alias perperã hoc verbo vſus fuiſſet, ſi enim referi, quis ſit ille, qui ſucceſſurus erat, cur vtitur eo verbo, quod omnes continet?

3 Huic autem dubitationi reſpondet, *ſed hæc diſtinctio, tàm ratione, quàm moribus comprobata eſt.* Res erat magni momẽti, vtque ſuę deciſioni auctoritatẽ acquireret ad rationis, & conſuetudinis munimentum confugit, quid autem ratio, & mores nos fieri iubeant, audiamus.

Ut ſi quidem (ait auctor) *vaſallus ita in dominum peccauerit, vt feudum amittere debeat, non ad proximum, ſed ad dominum reuertatur, vt hanc ſaltem habeat ſuæ iniuriæ vltionem.*

Nota illa verba, *non ad proximum, ſed ad dominũ reuertatur*, clarioris doctrinæ gratia poſita fuiſſe, ne quis ſcilicet exiſtimaret feudum ad dominum quidem reuerti, ſed cum onere illud tradendi proximis, vt contingit in ſpetie, de qua *in §. fin. de capitulis Corradi;* non rectè enim diceret tex. *non ad proximum, ſed ad dominum feudum reuerti*, etiamſi enim aliquo tempore dominus feudum retineret, puta viuente vaſallo, qui cecidit, tamen ad proximum feudum re ipſa reuerti dicitur, quia ſtatim ei ius quæſitum eſt, licet nondum dies ceſſerit, *iuxta l. cedere diem, de verb. ſignif.*

4 Nota etiam auctorem non diſtinguere, cuius qualitatis feudum ſit, quia hoc non omitteret, ſi id reſferre putauiſſet, nam in ſecundo membro diſtinctionis, in quo id referebat, nominatim expreſſit.

Cum autem auctor dicat ſæpè de hac re dubitatum fuiſſe, non poteſt intelligi textus de eo feudo, ad quod non poteſt quis aſpirare, niſi vt hæres vaſalli, qui cecidit, quia de hac re dubitatio oriri non poterat, cum clari iuris ſit vaſallum non poſſe transferre in alium feudum, quod culpa ſua amiſit, ideoque debet intelligi de eo feudo, ad quod quis iure proprio aſpirat; cum ergo auctor dicat pro-

ximum

ximum excludi ob culpam vasalli, manifestè est eum sentire in materia feudali culpam vnius alteri nocere.

5 Non refert igitur quibus verbis inuestitura cōcepta fuerit, dummodò hac in parte naturæ feudorum non fuerit derrogatum, quod enim non tollitur, cur stare prohibetur?

Huius autem decisionis rationem affert, dum inquit, *vt dominus hanc saltem habeat iniuriæ suæ vltionem*; cum enim ex liberalitate, & propter fidelitatem feuda dentur, *§. fin. in quib. causis feudum amitt.* graue nimis est vasallum sic io dominū peccare, vt dignus amissione feudi cēseatur: hæc enim pęna non imponitur, nisi ob graues culpas in homini num commissas, vt in antecedentibus §§. actum fuit: quia verò dominus id recipit, quod ex liberalitate largitus fuit, non dicitur plenam vltionem sumere; ideò ne putes tamen aliud esse obseruandum in feudo empto, quia hoc feudum iure ordinario aliorum feudorum vtitur, & quia non propterea dicitur dominus grauius in vasallos se gerere, quia hoc conuenit huius iuris regulis, & rationi ob quam feuda dantur, hac enim ratione vasalli fideliores existunt.

6 Eadem sententia probatur ex titulo, *an ille, qui interfecit fratrem domini sui*, dum ait, *quia tamen erga dominum non fuerit facta, ad agnatum proximiorem feudum pertinebit, si paternum sit, cum autem ad dominū respicit fellonia, feudū tunc domino aperitur.*

Si enim vtroque casu ad proximum reuerteretur, eos non distingueret textus, nec valet, quod dicitur differētiam in eo existere, qꝫ altero casu statim ad proximum redit, altero verò postquam is decesserit, qui feudum amisit: nam huius distinctionis nullum in textu inditium apparet, quod tamen prętermitti non debebat, cum eo casu, quo post mortem vasalli proximus feudum capit, statim ita ius ei acquiratur, vt eius esse dicatur feudum, licet quò ad vixerit illius possidendi ius non habeat, *l. cedere diem, de verb. signific.*

7 Hæc de causis in vniuersum consideratis dicta sufficiant, de culpa autem, quæ committitur in nō petenda inuestitura tempore legitimo, est textus *in c. 1. de capitulis Corrad. Imp. iuncto §. fin. de in d. §. 1.* vt si post mortem domini vasallus, vel si post mortem vasalli hæredes eius per annum, & diem steterint, quod dominum, vel hæredem eius non adierint pollicendo fidelitatem, & inuestituram petendo perdat feudum, *in §. fin.* dicitur, quod si Abbas, vel Prelatus Ecclesiæ in hanc culpam inciderit constitutum esse propter fauorem Ecclesiæ, vt eo mortuo redeat ad eius successorem.

8 Ex his in primis intelligimus, hanc culpam pertinere etiam ad feuda, quæ quis non iure hæreditario, sed iure proprio habet, nam si secus esset, nō erat cur feudum ecclesiæ spetialiter exciperetur.

Secundò intelligimus feudū liberè ad dominum reuerti, vt possit, cui velit illud concedere, nam si secus esset, nulla causa erat, cur spetiali iure in feudo ecclesiæ statueretur.

9 Huc spectat textus *in §. calidis, in fin. de probibit. alienationis per Fridericum facta*, dum ait, vasallum hoc in casu feudum amittere, & ad dominum redire, ideò enim spetialiter exprimitur ad dominū illud redire, vt intelligamus proximos excludi, quę dubitatio, cum solum pertinere possit ad ea feuda, quæ quis iure suo consequitur, vtique textus, qui voluit eam tollere, de huiusmodi feudis est intelligendus, vt interim omittam solere auctores iuris feudalis distinguere inter feuda, & feuda, vbi ex diuersitate eorum diuersitas iuris oritur, *vt in §. fin. quæ fuit prima causa benef. amitt. & in tit. an ille, qui interfecit fratrem domini sui, & in tit. qualiter olim feudum poterat alienari, propè finem, ante verſ. de illa.*

10 Huc etiam spectat id, quod dicitur *in §. 1. quæ fuit prima causa benef. amitt.* dum ait, eum de quo agimus priuari, tanquam ingratum, hinc enim sequitur feudum ad dominum reuerti liberè, iuxta tex. in *§. fin. eiusdem tituli.*

11 De culpa etiam, in quam vasallus incidit propter alienationem feudi, idem probatur *in §. fin. quæ fuit prima causa benef. amitt.* dum ait, *si vasallus contra constitutionem bonæ memoriæ Lotarij Imp. beneficium alienauerit, quia dominum contemnere videtur, ad dominum beneficium pertineat, scriptum est enim vt pretiose cariturum agnoscat.*

His verbis non distinguitur, an feudum iure hæreditario, an iure proprio proximus petat, quia si hoc refferret, id non subticuisset, quemadmodum enim in superioribus verbis expressit qualitates feudorum, de quibus agebat, quia id scire referebat, ita fecisset in his verbis.

12 Quodque loquatur de eo feudo, ad quod iure proprio quis aspirat, ex eo probatur, quod allegat id, quòd scriptum est *in l. Lotarij, quæ est in titulo de prohibitione alienationis per Lotarium*; huiusmodi enim lex cum clarè loquatur de feudis antiquis, *vt in versicul. nemini*, consequens est text. de quo agimus eodem modo esse intelligendum.

13 Idem probatur *ex §. calidis, de prohibitione alienationis per Fridericum*, dum agens de eo, de quo nos tractamus, inquit, *feudum amittant, & ad dominum liberè reuertantur*: cum enim constitutio omnium feudorum alienationem vetet, vt in proprio eius verſ. non modicas, vtique pœna posita contra alienantes in omnibus feudis locum habebit.

14 Tertiò confirmatur ex titulo *quid iuris sit, si post alienationem*, vbi quæritur differentia, quæ est inter eum, qui recuperat feudum alienatum ante constitutionem Lotarij, & eum, qui deinde id fecerit, & inquit, *Post constitutionem feudum domino apertū fuisse*; textum autem loqui de omni feudo, ex eo probatur, quia si de hæreditario ageretur, nulla dubitatio accidere poterat, cum in lege Lotarij dicatur vasallum feudum amittere, nemo poterat ambigere eos, qui ex persona ipsius successionem habent, omnino excludi.

15 Aduersus hanc sententiam, nonnulla argumēta afferuntur, de quibus nunc agendum est. Primò affertur tex. *in cap. fin. de cap. Corradi*, vbi dicitur defuncto vasallo, qui cecidit a feudo, successorem eius ad feudum admitti. Respondeo hoc spetiali iure in fauorem ecclesiæ fuisse constitutum: nam si generaliter id verum esset, non oportebat, vt spetialiter exciperetur feudum ecclesiasticū: nam ius singulare in vno, in reliquis ostendere ius commune in contrarium, *l. 1. verſ. illud fortissimumque, ff. de off. eius.*

Secundò

16 Secundò adducitur textus *in tit. si vasallus feudo priuetur*; qui potius nostram adiuuat sententiã, inquit enim, *vasalli feudum delinquentis licet ad agnatos quandaque pertineat, filius tamen ad id nullatenus aspirabit*. Si enim quandoque agnati vocantur, ergo regula in contrarium est contra illos. Ideò autem quandoque agnatos succedere ait, quia vbi culpa non fuit in dñm cõmissa agnati succedunt, *§ fin. quæ fuit prima causa beneficij amitt*. & luculenter exposui infra cap. 18. Eodem sensu loquitur textus *in §. licet vasallus, vers. si vasallus, si de feudo defuncti contentio sit inter dominum, & agnatos vasalli*, vt eo loci ostendi.

17 Tertiò adducitur textus *in §. porrò, qualiter olim feudum poterat alienari*, vbi habentur hæc verba, *vel redimenda potior erat proximi agnati, quàm domini conditio, si tamen feudum erat paternum*, agitur enim hoc loco de alienatione feudi facta a vasallo, & clarè supponitur eã a proximo posse retractari.

Respondeo de iure veteri auctorem loqui, vt constat ex illis verbis, concessa erat, & ex verbo summouebatur; & ex illis verbis, potior erat, eodem sensu loquitur tex. *in §. Titius, si de feudo defuncti contentio sit inter dominum, & agnatos*, nam dum inquit, *Sempronius proximior agnatus mortuo demum Titio partem illius feudi nullo dato pretio recuperare potest*, constat enim nouis legibus, Lotarij, & Friderici factum fuisse, vt vasallus, qui feudum non ritè alienat, illicò illud amittere, & proindè si alienatio huiusmodi non impedit agnatos succedere, manifestum est ea perfecta statim ipsos ad feudum posse aspirare, nam vasallus, qui alienauit, cum omne ius suum amiserit, ipsis impedimento esse non potest.

18 Quartò adducitur iuris regula, quæ docet factũ vnius alteri non nocere, iusque nostrum sine facto nostro nobis auferri non posse, sed frustra cum in feudis aliud statutum fuisse appareat ex allegatis pro nostra sententia, & iure meritò id fuit constitutum, vt vasalli, quorum commune votum est feudum in familia conseruari, diligentius, & fidelius se gerant erga dominum, qui nulla alia de causa feudum concedit, quam propter fidelitatem, *vt in tit. quæ fuit prima causa benef. amitt*.

Culpa Prælati, Regis, mariti, emptoris, cum pacto de retrouendendo, vel cum lege commissoria, aut addictionis in diem, an satis sit, vt ad dominũ feudum reuertatur. Cap. XVII.

1 Constitutum est, vt vasallo feudum amittente ob culpam in domino commissam ad dominum liberè reuertatur, vt in antecedenti capite ostendimus, an huic constitutioni locus sit cum feudum non est proprium eius, qui deliquit, sed ecclesiæ, aut Regni, quod vasallus obtinet, aut mulieris, quæ illud in dotem dedit, vel cum illud emit cum pacto de retrouendendo, addictionis in diem, vel cum lege commissoria.

2 Quod pertinet ad Prælatum, culpam eius in dominum commissam ei soli nocere scribunt DD. *in §. fin. de capitulis Corradi*, qui propterea docent alio in ecclesia succedente, non posse dominum feudum tenere, idem multi alij docuerunt, de quibus Rosental. *cap. 10. conclus. 3*. D. Fach. *lib. 7. cap. 23. propè finem*.

Vtuntur autem auctoritate tex. *in d. §. fin. de cap. Corrad.* cuius verba hæc sunt, *Item si clericus, veluti Episcopus, Abbas beneficium habẽs a Rege datum, non solummodo persona, sed ecclesiæ ipsum propter istã causam perdat eo viuente, & ecclesiasticum beneficiũ, vel honorem habente ad Regem pertineat, post mortem verò eius ad successorem reuertatur*.

3 Secundò mouentur, quia cum non liceat Prælato res ecclesiasticas alienare, omnia interdicta ei censentur, quæ alienationem introducere valent, *l. fin. C. de reb. alienis non alien.*

4 Tertiò aiunt culpam Prælati ecclesiæ non nocere, qua de causa receptum fuit, vt pena *l. si quis in tantam, C. vnde vi*, non pertineat ad ecclesiam, cuius nomine Prælatus propria auctoritate rem ab alio possessam occupauit, vt per Menoch. *remedio 9. recuperandæ possessionis, a nu. 108.*

5 Contrariam sententiam sequor motus *ex d. §. fi. de cap. Corrad.* dum ait, *ipsum propter istam causam perdat eo viuente*. Si enim regulariter id verum esset, vtique non loqueretur restrictè ad huiusmodi causam, sed simpliciter diceret ecclesiam feudum non amittere. Ex quò intelligimus in alijs causis secus esse dicendum, quia ius singulare in vno casu in cæteris ius commune supponit, *l. ius singulare, ff. de legib.* hocque agnoscunt Aluarottus, Bal. & alij *in d. §. fin.* dum docent naturam feudi postulare, vt culpa Prælati ecclesiæ noceat, sed propter fauorem ecclesiæ aliud obseruari, cum enim in eo tantum casu scriptum sit id, quod aduersus regulas iuris fuit introductum in aliquo casu, ad alios non posse trahi *l. quod verò, ff. de legib.* quod tantò magis in specie nostra obseruare debet, quòd tex. restrictè loquitur de ea causa, de qua ibi agitur.

6 Huc pertinet id, quod communiter circa emphiteusim receptum est, vt scilicet culpa Prælati satis sit, vt ad dominum reuertatur, vt constat ex plurimis allegatis per Corbulum *de causa priuationis ob non solutum canonem, ampliatione 27*. neque enim vlla differentiæ ratio inter feudum, & emphiteusim, quò ad rem nostram, afferri potest, vtroque enim casu res ad dominum reuertitur ex natura contractus, & vtroque casu ecclesiæ Prælati culpa eodem modo nocet.

7 His accedit, feudum ecclesiæ concessum fuisse a Rege, non alia de causa, quam propter fidelitatẽ, & obsequium, iuxta ea, quæ habentur *in tit. quæ fuit prima causa beneficij amitt.* & proindè eius intentio fuit, vt ad se liberè reuerteretur Prælato culpam committente, quia faciliùs hac ratione Prælati in officio continentur, ne feudo ad dominum eorum culpa reuertente, damnum ex suo patrimonio ecclesiæ resarcire teneantur.

8 Et ex his facilè contraria dissoluuntur; quod enim dicebatur interdictam esse rerum ecclesiæ alienationem, non nocet, quia hęc non est alienatio, quia res ad dominum redit ex conuentione facta in traditione rei suæ, *iuxta l. in traditione, ff. de pactis*.

9 Quod verò dicebatur culpam Prælati ecclesiæ non obesse, admitti posset, si modò ex conuentione, & ex natura contractus, id non accideret, quemadmodum

admodum

admodum in emphiteusi communiter DD. admittunt, ea sola de causa, quod id venit ex natura contractus, cui se conformare voluisse is creditur, qui emphiteusim concedit, nisi aliud cautum fuerit *l. 1. C. de iure emphitheutico*.

10 Excipienda tamen erit ea causa de qua fit mentio *in d. §. fin. de cap. Corradi*, quia nominatim de ea id cautum reperitur.

11 Alienationem quoque feudi ad hunc effectum satis esse non posse reor, cum alienatio non fit satis ad amittendum feudum, si non fit ritè facta, vt post multos scribunt Corbulus *de priuatione ob alienat. limit.* 22. Ronsental. *cap. 9. conclus.* 4. nam vix est, vt accidere possit, alienationem de qua agimus ritè fieri, cum Summus Pontifex, vel is cui ius est alienationi consensum præstare, non sit id facturus si bona feudalia esse intellexerit, & proindè licentia alienandi ab eo concessa hoc non expresso, nullius momenti erit *cap. super litteris, de rescript.*

12 Tractemus nunc de Rege, Duce, Marchioneuè, qui culpam commisit, an id satis sit, vt feudum, non ipsis, sed Regno, Ducatui, & Marchionatui concessum, ad dominum reuertatur.

Negatiua sententia placet Bald. *in l. exequutorem, num. 34. in fine vers. supposito, C. de exequutione rei iudicatæ*. Scraderus *de feudis p. 2. sect. 9. nu.* 72. Rosental. *de feud. cap.* 10. *conclus.* 4. *nu.* 1.

Mouetur Bal. *ex §. fin. de cap. Corr. & ex reg. delictum, de reg. iur. lib. 6.*

13 Contrarium verius est per tex. *in d. §. fin.* iunctis ijs, quæ supra circa illum exposui, si enim ius speciale est in ecclesia, vt feudum non amittat ob culpam Prælati, in cæteris ius commune in contrariû erit, & per consequens de Rege secus erit dicendum, cum lôgè maior causa sit id statuendi in Rege, quam in Rectore ecclesiæ; quodque hoc ius singulariter fuerit introductum indicant verba posita in principio illius tit. dum ait, *hæc sunt capitula, quæ Rex Corradus fecit in Romandiola de beneficijs, constituit enim* &c. Si enim hoc ius specialiter fuit constitutum in Romandiola, de iure communi secus erat, aliàs frustra id factum fuisset, quodque specialiter hoc in ecclesia fuerit constitutum notat ibi glossa *in verbo ad Regem*, & alij communiter, teste Corbulo *de causa priuationis ob non solutum canonê, ampliatione* 27. *num.* 22.

14 Maior inquam ratio in Rege sic constituendi fuit, quàm in Prælato, cum plus iuris habeat in rebus Regni quam Prælatus consequatur in rebus ecclesiæ; ad quam sententiam confirmandam pertinent ea, quæ de Prælato supra scripsimus.

15 Ad regulam *d. cap. delictum*, respondemus, hoc ius præcipuum feudorum esse, vt culpa vnius alteri præiudicet, etiamsi ius de feudo disponendi non habeat, vt toto cap. antecedenti ostendimus.

16 De marito nunc agamus, cuius culpam nocere vxori post Iserniam, Præpositum, & alios scribit Corbulus *de priuatione ob non solutum can. ampl.* 22. *a nume.* 4. Rosental. *de feud. capit.* 10. *conclus.* 5. *glos. prima.*

Cum enim titulus dotis suaptè natura transferat dominium in maritum, *§. per traditionem, Inst. de rerum diuis.* qua de causa necesse fuit ei alienationem fundi dotalis adimere *l. Iulia*, & per constitutionem Iustiniani, *vt in Inst. quib. alie. licet vel non, in principio*, de qua re scripsi lib. 3. c. 2. nu. 1. cû seqq. sequit ius, quod mulier in feudo habebat, plenè in virum fuisse translatum, & ideò verè, & propriè vasallum eû esse, ergo quæ de vasallis culpam in dominum committêtibus scripta sunt, in huiusmodi vasallo locum habebunt.

17 Cauendum est ergo ab ijs, qui distinguunt inter maritum, qui soluendo est, & eum, qui non habet vnde vxori satisfaciat, quos refert, & sequitur Rosental. *loco allegato, glos.* 2. *&* 3. quorum rationes desumptæ ex regulis iuris communis, non pertinêt ad feuda, vt constat ex ijs, quæ scripsi in cap. antecedenti, multoque minus habebunt locum in marito, in quem cum mulier sciens, volensque plenum ius transtulerit, eum elegit, per quem ius suum in feudo conseruaretur, non possunt enim hæc simul stare, vt mulier nolit penes se ius in feudo remanere, & in marito non habere locum ea, quæ de cæteris vasallis sunt constituta.

18 Tractandum nunc est de vasallo, qui emit feudum cum pacto de reuendendo, vel cum lege commissoria, an culpa eius feudum domino aperiat.

Prima opinio est eorum, qui dicunt culpam huiusmodi ad hoc non sufficere, quia ius rem recuperâdi per pactum fauorem venditoris constitutum, emptoris culpa venditori auferre non valet, *iuxta reg. l. iur nostrum, ff. de reg. iur. & hanc sequitur* Tiraquellus *de iure retractus proximorum, §. 3. glos.* 1. *num.* 31.

19 Secûda sententia distinguit inter venditionem, cum lege commissoria factam, & eam, cui pactum de reuendendo adiunctum fuit. Primo casu culpâ emptoris venditori nocere negant. Secundo verò affirmant, nisi cum consensu domini factum fuerit pactum, & nisi venditor iure pacti feudum recuperauerit, antequam dominus contra possessorem feudi egerit, ita sensit Rosental. *tract. de feud. c.* 10. *conclus.* 7. *a num.* 7.

20 Ego verò indistinctè assero culpam emptoris nocere venditori, ita vt liceat domino feudum vindicare in damnum venditoris, nam vtroque casu dominium verè, & propriè in emptorem transfertur *l. 2.* & ibi DD. *C. de pactis inter empt. & vendit. l.* 1. *& tot. tit. de lege commissoria*. Ergo quæ de vasallis culpam committentibus statuta sunt, in hoc emptore locum sibi vindicant; & licet hoc obsit venditori, nihil tamen refert, quia sua culpa hoc ei cótingit, cum sciens, volensque vasallum eum constituerit, hoc enim efficit vt ius ipsius ab eius persona dependeat. Iuris enim feudalis ius singulare est, vt ex persona vasalli possessoris feudi, ius eorum pendeat qui ad feudum possunt aspirare, vt ostendi in cap. antecedenti.

21 Ad argumentum secundę sententię respondeo, eum, qui cum lege cômissoria emit, non minus esse rei dominum, quam fiat ille, qui cum pacto de reuendendo emit *l.* 1. 2. *cû sequentibus, ff. de lege cômissoria*, & ideò inter eos differentia non debet côstitui, quæ tamen rectè constituitur in venditione facta cum addictione in diem, iuxta terminos *l.* 2. *ff. de in diem addictione*, quia tunc res inempta censetur, vt ibi dicitur.

22 Ad id, quod dicebatur de domino consentiente pacto

pacto de retinendo, facilè respondetur, etiãſi eni m ipſe conſenſerit pactũ huiuſmodi fieri, nõ propterea cenſetur iuri ſuo renunciaſſe, quia toto cœlo inter ſe diſtant, pati d. pactum fieri, & caducitati renunciare.

Quod verò dicebatur de venditore præueniente dominum in recuperatione feudi, non conſiſtit, quia, cum ius ſuum vaſallus per culpam amiſerit, ex perſona ipſius non poteſt venditor ius, quod per venditionem amiſit, recuperare.

Quod dicitur filius vaſalli feudum amittentis ob culpam, quæ illud domino non aperit, admitti ad feudum non poſſe, quomodò accipiendum ſit, & quo ordine tunc agnati ſuccedant, ad §. ſi vaſallus, ſi de feudo defuncti contentio ſit inter domin. & agnatos vaſalli, & ad tit. ſi vaſallus feud. priuet. cui deferat. *Cap. XVIII.*

1 SI vaſallus *culpam committit. pp quã feudum amittere debeat, neque filius, neque eius deſcendentes ad id feudum reuocabuntur, ſed agnati qui quarto gradu ſunt.* hæc ſunt verba §. *ſi vaſallus, ſi de feudo defuncti content. ſit inter dom. & agn. vaſall.* concordat tex. *in principio tit. ſi vaſallus feudo priuetur, cui deferatur*, dum inquit.

Vaſalli feudum delinquentis, licet ad agnatos quandoque pertineat, filius tamen ad id nullatenus aſpirabit, niſi id iterum a domino licitè acquirat ſibi gratiam faciente.

2 Quomodo hoc ſit accipiendum non concordãt DD. conſule interpretes vtriuſque loci, necnon Zaz. p. 10. §. *nunc ad ſecũdum.* Clar. §. *feudum*, q. 66. Menoch. *conſ.* 99. Piſtor. *lib.* 1. *p.* 1. *q.* 16. D. Fachi. *lib.* 7. *c.* 83. Roſental. *c.* 11. *concl.* 4. & 5. & alios ab his allegatos; ex quibus varias interpretationes colligere facilè eſt, quibus reiectis verius eſſe exiſtimo, indiſtinctè filios vaſalli, de quo agimus, ad feudum huiuſmodi non poſſe aſpirare, quam aſſertionem, vt commodius comprobare valeam, textuũ prædictorum verba repetam, & primò agam de verbis §. ſi vaſallus, quæ ſic ſe habent.

3 *Si vaſallus culpam committit propter quam feudũ amittere debeat, neque filius, neque eius deſcendentes ad id feudum reuocabuntur.*

Nulla facta diſtinctione inter culpam, & culpã auctor inquit, feudum non pertinere ad filios, & deſcendentes eius, qui culpam committit, propter quam feudum amittere debeat, igitur nec nos diſtinguere debemus, quia cum ex profeſsis in hoc tex. de hac re agatur, auctor eius abſque diſtinctione non effirmauiſſet filios non poſſe aſpirare ad feudum, a quo pater eorum culpa ſua cecidit, niſi indiſtinctè in quacunque culpa verum eſſet, magnũ enim vitium eſt ſine diſtinctione aſſerere id, quod indiſtinctè non eſt verum.

4 Pergit tex. & ait. *Sed agnati, qui quarto gradu ſunt, dummodò ad eos pertineat*; Excluſis filijs, ac deſcendentibus vaſalli exponit auctor, ad quos feudum deuoluatur, & ait illud pertinere ad agnatos vaſalli, qui quarto gradu ſunt, ſi modò in inueſtitura comprehenſi ſint.

Hinc intelligimus in hac quæſtione malè diſtingui inter feudum nouum, & antiquum, quia ad feudum nouum agnati non admittuntur, vt in principio eiuſdem tituli dicitur, & quia clarum eſt, ita demum agnatos admitti ad feudum, a quo culpa ſua vaſallus cecidit, ſi paternum ſit, *vt in §. fin. verſ. ſi verò non in dominum, quæ fuit prima cauſa beneficij amittendi.*

5 Malè etiam diſtinguitur inter feudum, quod ad agnatos ex antiquis inueſtituris pertinet, & illud quod a vaſallo delinquente fuit acquiſitum, quia cum ſæpius eueniat contentionem, de qua tractat tex. accidere, cum feudum amittitur ab eo, qui illud non acquiſiuit, peſſimè feciſſet auctor tex. affirmando ſine diſtinctione filios ad feudum, a quo cecidit pater aſpirare non poſſe, ſi id eo tantum caſu verum eſſet, cum a patre feudum fuit acquiſitũ, quia ex verbis eius nullum prorſus indicium afferri poteſt, quod ad caſum hunc ſingularem auctor reſpexerit.

6 His accedit nullam eſſe rationem, cur hæc diſtinctio introducatur, nam quod dicunt patrem poſſe in feudo a ſe acquiſito nocere eis, quos in inueſtitura comprehendi curauit, magnam in primis patitur dubitationem; de hac enim re noſtri variè ſentiunt, conſule Menoch. *conſ.* 161. *lib.* 2. Piſtor. *lib.* 2. *quæſt. int. c.* 4. D. Fachin. *lib.* 6. *c.* 62. & *lib.* 7. *c.* 8. & plurimos alios ab his allegatos.

7 Deinde in ſpetie noſtra non fuiſſe id conſideratum, ex eo euincitur, quod hac ratione attenta, nec agnati ſuccederent in feudo, nam & his potuit nocere, ſicut filijs, & tamen apertè dicitur in tex. filios excludi, agnatos autem vocari, ex hoc enim aduerſus hanc diſtinctionem indiſſolubile, vt mihi videtur, argumentum deducitur.

8 Si filij excluduntur a feudo acquiſito a patre, quia culpa eius, qui feudum acquiſiuit ſemper nocet eis, qui ab ipſo in inueſtitura comprehenſi fuerunt, vtique nocebit omnibus ab ipſo in huiuſmodi inueſtitura comprehenſis.

Hoc autem falſum eſt, quia agnatis in quarto gradu exiſtentibus eius culpa non nocet, falſum eſt ergo filios excludi, quia a patre feudum fuerit acquiſitum.

9 His addo agnatos ita demum ad feudum, a quo vaſallus cecidit, vocari, ſi paternum ſit, §. *fin. verſ. ſi verò, quæ fuit prima cauſa benef. amitt.* an autem feudum, quod is, qui ab eo cecidit, acquiſiuit, paternum dici poſſit, videant illi, qui hanc diſtinctionem introducere conantur.

10 Ex his etiam euertitur diſtinctio eorum, qui dicunt tex. procedere in feudo, quod conceſſum fuit filijs, vt hæredibus, ceſſare autem in feudo conceſſo filijs, vt filijs, quod vocant ex pacto, & prouidentia. Eædem enim rationes vrgent aduerſus huiuſmodi diſtinctionem, quia eius indicium, nec minimum quidem, ex tex. colligi poteſt, & quia eo caſu, quo filij excluduntur, vocantur agnati in quarto gradu exiſtentes, ſi enim qualitas illa, quod vocati ſint ad feudum tanquam hæredes, nocet filijs, & deſcendentibus, cur agnatis non nocebit?

11 Agamus nunc de verbis tituli, *ſi vaſallus feudo priuet. cui deferatur*, in quo ſic incipit eius auctor.

Vaſalli feudum delinquentis, licet ad agnatos quandoque pertineat, filius tamẽ ad id nullatenus aſpirabit, niſi id iterũ a domino licitè acquirat ſibi gratiã faciẽte.

Ex

Ex professò tractatur hoc loco, ad quos deuoluatur feudum, cum vasallus eo priuatus fuit; & quatenus ad filios pertineat, inquit *filius tamen nullatenus ad id aspirabit*; hæc verba magnam vim habent, cum negatiua vniuersalis in vno falsa in totũ falsa reddatur, *l. is, qui dureuta, §. verum. ff. de rebus dubijs*, igitur frustra laborant illi, qui distinctionibus adhibitis eius vim coercere curant, quia non licet verba adeò prægnantia, absque euidenti necessitate coarctare, quę vtique in casu nostro non adest.

12 Insuper auctor contradistinguit filios ab agnatis, illos enim nullatenus admitti, hos quandoque in feudo succedere affirmat, non rectè igitur adhibitis distinctionibus curant nostri, filium ad successionem feudi, de quo agimus quandoque admittere, quia si hoc fit, malè auctor contradistinguit agnatos a filijs, nam tunc vtrisque idem accidit, vt in feudo de quo agimus agnati quandoque succedant.

13 Cumque longè frequentius contingat disputari, ad quem pertineat feudum, a quo cecidit vasallus, qui illud non acquisiuit, quam fiat de feudo, a quo cecidit primus acquirens, si admittimus filios hoc posteriori casu solum excludi, vtique admittimus filios sæpè, immò plerunque admitti ad feudum delinquentis, quod est contra manifestam auctoris tex. mentem.

Concludo igitur nunquam secundum iura feudalia, quibus vtimur, posse filios aspirare ad feudum, quod eorum parens culpa sua amisit, agnatis verò id quandoque licere.

14 Cur autem hoc ius receptum fuerit, & an pertineat ad causas amittendi feudi, quæ nouis legibus fuerunt introductæ videamus.

Cum quæritur, an filij succedere possint in feudo, a quo pater eorum cecidit, agimus de culpa, quæ feudum domino non aperit, quia tunc nihil est, quod circa ius filij quæri possit, & ideò agimus de culpa, quæ dominum non offendit, quæ tamen graue delictum continet, quò pertinet tex. *in §. fin. quæ fuit prima causa beneficij amittendi*, dum ait.

Si verò non in dominum, sed aliàs grauiter deliquerit, sicut ille, qui fratrem suum interfecit, vel aliud graue crimen, quod parricidij appellatione continetur commiserit, feudum amittit, & non ad dominum, sed ad proximos pertinet, si tamen beneficium fuerit paternum, sic enim sæpè pronunciatum scio.

15 Cum autem illi, qui grauia delicta meditantur, plerũque de patrimonio sint magis solliciti, quam de vita, quia sperant se se posse euadere, optima ratione fuit constitutum eos, qui ob huiusmodi scelera feudo cadunt filij suis ius feudi acquirendi eripere, quia si secus erit, aperta via esset publicum ius eludendi, qui enim talia meditantur, nihil curant se se bonis priuari, si modò ad suos liberos pertineant, cum ab eorum pietate, etiam si leges id vetent, necessaria sibi subministranda esse pro comperto habeant, quod ipsum experientia comprobat, videmus enim coniunctos pecuniam furtim subministrare exulibus, etiam si maximæ sint constitutæ a iure publico pœnæ contra eos, qui exulibus opem ferunt, tam vinculum sanguinis nullo iure tollitur.

16 Et ex hac ratione eorum ratio tollitur, qui duriť nimis existimant patris culpam filijs ius quæsitum tollere posse, quia magna ex causa id fuit receptũ, & publica sic poscente vtilitate, quod eo leuius videri debet, quòd plerisque alijs casibus id receptũ est. vide tex. *in §. final. quæ fuit prima causa benef. amitt. & tit. t. an ille, qui interfecit fratrem domini sui*, quod luculenter exposui in c. antecedenti.

17 Superest vt esponamus, an hoc ius habeat locũ, quando ex nouis legibus, vasallus feudo priuatur, legibus enim particularibus publicationis bonorũ pęna irrogatur pro quibusdam delictis, quæ apud eos, ex quibus vsus feudorum descendunt, tali pęna non mulctantur; & idem iuris esse reor.

Mouet me regula *l. non est nouum, ff. de legibus*, dum inquit, *non est nouum, vt priores leges ad posteriores trahantur, & ideò Tertullianus I. C. dicebat, semper quasi hoc legibus inesse credi oportet, vt ad eas quoque personas, & ad eas res pertineant, quæ quandoque similes erunt.*

18 Mouet me etiam ratio, propter quàm huiusmodi ius fuit receptum, quia in quocunque graui delicto sibi locum vindicat, & proindè idem admittendum erit, etiam si lex videatur iuris rationi aduersari, leges enim Reipublicæ vtiles interpretatione adiuuantur, etiam si pęnales sint, & a iuris ratione recedant. vide *l. 1. ff. ad S.C. Syllanian. in principio, vers. quid deinde dicimus, & vers. si pater necatus sit, & §. occisorum, vers. eodem autem tecto.*

19 Vasallo itaque amittente feudum ob culpam, quæ domino feudum non aperit, filijs eius exclusis agnati vocantur, quo autem ordine hi vocentur, controuersum est.

Alij enim putant eum ordinem, qui consueuit in successione feudorum obseruari, hoc casu esse seruandum, vt scilicet ex illis, qui in inuestitura comprehensi sunt, proximiores admittantur, cuius sententiæ auctores sunt Aluarot. & Præposit. *ad §. final. quæ fuit prima causa benef. amitt.* & alij quos refert, & sequitur Pistor. *q. iur. lib. 2 p. 1. q. 15. num. 12. & 13.* D. Fachin. *lib. 7. cap. 21.* Rosental. *c. 11. concl. 10.*

20 Huius sententię fundamentum consistit in duobus iuris feudalis locis, in quibus dicitur vasallo ob culpam a feudo cadente, si feudum domino non aperitur, proximum agnatum succedere, quorum primus habetur *in tit. an ille, qui interfecit fratrem domini sui.* alter verò est *in §. fin. quæ fuit prima causa benef. amit.*

21 Alij verò existimant, vt agnatus admittatur ad feudum, necesse esse, vt a vasallo, qui feudum amittit, distet quarto, vel vlteriori gradu, quam sententiam amplexi fuerunt plures, & grauissimi auctores, de quibus Curt. iun. *p. 5. nu. 10. vers. tertia principalis quæstio.* Zaz. *par. 12. a num. 103.* Clar. *§. feudum, q. 66.* Menoch. *cons. 99. num. 147.* Burs. *cons. 148. num. 7.* & alij de quibus Rosental. *dicta concl. 10. litt. C.*

22 Mouentur, & ipsi ex duobus iuris feudalis locis, videlicet *ex §. si vasallus, si de feud. defunct. content. fuer. inter dom. & agnat. vasalli*, dum ait.

Si vasallus culpam committit, propter quam feudum amittere debeat, neque filius, neque eius descen-

deuter ad id feudum reuocabũtur, ſed agnati, qui quarto gradu ſunt, dummodò ad eos perueniat.

23 Alter locus eſt deſumptus *ex tit. ſi vaſallus feudo priuetur, cui deferatur*, dum ait.

Vaſalli feudum delinquentis, licet ad agnatos quãdoque pertineat, filius tamen ad id nullatenus aſpirabit, niſi id iterum a domino licitè acquirat ſibi gratiam faciente: v. g. ſi non ſint alij ex latere, quibus aperiatur, ad eius petitionem admittuntur, qui quarto gradu ſunt remoti ab eo, qui id acquiſiuit, & etiam vſque in infinitum.

24 Ex his locis textus, qui poſtremò allegatus eſt, nihil ad hanc rem facit, alterum autem hanc ſententiam clarè probare exiſtimo.

Non facit ad hanc rem huiuſmodi tex. quia dũ dicit, *eum, qui remotus eſt quarto gradu ab eo, qui feudum acquiſiuit, poſſe illud a domino impetrare*, non loquitur de agnatis, de quibus nos agimus, quia in verbis antecedentibus dixerat: *v. g. ſi non ſint alij ex latere, quibus aperiatur feudum*, ſed agit de deſcendentibus eius, qui feudum amiſit, quos ad feudum huiuſmodi nullatenus aſpirare poſſe dixerat, *niſi id iterũ, licitè acquirat domino ſibi gratiam faciente*, inter quos, & agnatos magna differentia eſt, nã agnati ſummo iure ad feudum aſpirant, illi verò ex benignitate domini quandoque admittuntur.

25 Alter verò locus adeò diſertè ſententiam huiuſmodi probat, vt nullus ſit locus dubitationi; tractans enim auctor ex profeſsò, ad quos pertineat feudum, a quo vaſallus cadit ob culpam, ait, filios, eius non poſſe ad id aſpirare, agnatos autem, qui in quarto gradu ſunt, poſſe ad illud peruenire, ſi enim nulla gradus diſtinctione habita agnati admitterentur, non ne ineptus auctor eſſet ſic ſcribendo?

26 Nam quod dicunt aduerſarij, ideò ſic loquutũ fuiſſe auctorem, vt ſignificaret vltra quartum gradum agnatos non admitti, quia olim agnati in feudo ſuccedebãt ſolum vſque ad quartum gradum, non nocet, quia ius huiuſmodi non vigebat tempore auctorum iuris feudalis. vide *§. hoc quoque, de ſucceſ. feud. & §. hoc quoque, de ijs qui feud. dare poſſ.*

Et auctorem, dum loquitur de agnatis in quarto gradu exiſtẽtibus, noluiſſe ſignificare id, quod aduerſarij aſſerunt, indicant illa verba, *dummodò ad illos perueniat*, ex his enim verbis patet, eum non tractare de ſuccedendi facultate, ſed eam ſupponere, & per conſequens verba prædicta, non alia de cauſa prolata fuerunt, quam ad indicandum, non omnes agnatos ad feudum admitti, ſed eos tantum, qui diſtant quarto gradu ab eo, qui feudum amiſit.

27 Hoc autem ea ratione receptum fuit, qua fuit introductum ne filij vaſalli in huiuſmodi feudo ſuccedant, quam expoſui num. 15. & 16.

Ad fundamentum contrariæ ſententiæ reſpondeo, textus ex aduersò allegatos loqui ſuppoſitis terminis habilibus, loquuntur enim de agnatis, qui ſucceſſionis capaces ſunt, inter hos enim cum cõtentio eſt circa ſucceſſionem, proximitas inſpicitur, non nocent ergo noſtræ ſententiæ, quæ docet agnatos in tertio gradu exiſtentes, vel proximiori non eſſe capaces feudi.

Vaſallus, qui culpam, ob quam feudo priuari poteſt, commiſit, an ſuos fructus faciat, antequàm ſuper amiſſione feudi lis ei fuerit mota. Cap. XIX.

1 CVm vaſallus culpam commiſit, propter quam feudo non priuatur ipſo iure, ſed ſententia iudicis id fieri debet, an fructus, quos ante motam litem percepit, lucretur, dubitant DD.

Pro vaſallo reſpondet Card. *in clem. conſtitut. §. cæterum, de elect.* Corneus *in l. 1. C. de his, quibus vt ind.* Felin. *in c. de quarta, nu. 33. de præſcripr.* Curt. ſen. *conſ. 60. num. 30.* Brun. *conſ. 41. nu. 49.* Peregr. *de iure fiſci lib. 5. tit. 1. num. 174. & hos recenſet* D. Fach. *lib. 7. controuerſ. c. 94.*

2 Mouentur huius ſententiæ auctores hac argumentatione, is, de quo agimus ante motam litem, habet titulum, & bonam fidem, igitur ante motã litem facit ſuos fructus.

Antecedens ex eo probatur, quòd agimus de vaſallo, qui ipſo iure nõ incidit in cõmiſſum, cũ enim neceſſaria ſit ſententia, vt feudum amittat, vtique titulum, quem habebat adhuc retinet, & licet ſciat ſe poſſe feudo priuari, non tamen vltrò feudũ dimittere debet, quia receptum eſt neminem teneri pęnam ſubire, antequam per iudicem fuerit pronunciatum ipſum in pęnam incidiſſe, gloſ. *in cap. fraternitatis 12. q. 2.* D. Thom. *2. 2. q. 62. artic. 3. vbi eius interpreter.*

3 Cõtraria ſententia verior eſt, & receptior; eſſe receptiorem conſtat ex DD. *in d. l. 1. C. de his quibus vt indign.* & ex auctoribus relatis per Zazium *de feudis, p. 10. num. 74.* per Couarr. *de ſponſalibus, p. 2. c. 6. §. 8. num. 1.* per Scruder. *de feudis 1. p. nonæ partis principalis, ſect. 3. nu. 34.* eandem ſententiam tuetur Antonius Burgos *in c. ad noſtram, nu. 34. de empt. & vend.* Roſental. *c. 10. c. 42. num. 25.*

4 Veriorem eſſe, quod munus noſtrum eſt, nunc oſtendamus; feudum ideò datur, vt vaſallus, & ſui hæredes fideliter domino ſeruiant, *vt in tit. quæ fuit prima cauſ. benef. amitt. in fine*, igitur vaſallus contra voluntatem domini feudum retinet, cum aduerſus eum adeò grauiter peccauerit, vt beneficio priuari poſſit, in dolo ergo, & mala fide eſt, cũ feudum poſt culpam commiſſam retinet, quia is, qui aduerſus voluntatem domini rem retinet, in dolo eſt, ac mala fide, etiam ſi titulus, quo res ad ipſum pertinet non fuerit ipſo iure deſtructus. vide *l. cum tale 71. §. falſam cauſam, ff. de cond. & demon. l. 3. §. final. iunctn l. ſequenti, ff. de adimend. legatis.*

5 Hanc argumentationem adiuuat plurimum *l. 1. C. de his quibus vt indignis*, dum ait.

Hæredes, quos necem teſtatoris inultam omiſiſſe conſtiterit, fructus integros cogantur reddere. Neque enim bonæ fidei poſſeſſores ante controuerſiam illatam fuiſſe videntur, qui debitum officium pietatis ſcienter omiſerunt.

Idem docet Papinianus *in l. hæredem 17. ff. eod. tit.* adiuuatur inquam ex hac lege propoſita argumentatio, quia vaſallo, de quo agimus, plurimum conuenit ratio illa, *non videri enim poſſeſſorem bonæ fidei eſſe, qui debitum pietatis officium ſcienter omiſerit*, quia dominum, cui fideliter ſeruire debet grauiſſime læſit.

Con-

6 Conuenit etiam huiusmodi decisio vasallo, quia antequam hæreditas hæredi fuerit ablata, titulũ hæredis habet in bonis defuncti. vide *l. cum fratrem 9. C. de his quib. vt indign.*

Conueniunt denique vasallus, & hæres, quòd vterque iustissimum initium habet, nam hæredi, qui ob inultam necem defuncti, hæreditate priuatur, licuit hæreditatem adire, *d. l. cum fratrem, & l. 5. §. 3. ff. ad S.C. Syll.*

7 Et ideò non rectè aduersarij ad ostendendum mala fide hæredem prædictum hæreditatem cœpisse, dicunt, ei non licuisse eã adire ante inultam mortem dufuncti, *l. 3. §. non tantum, ff. ad S.C. Syll.* quia tex. loquitur de eo casu, quo dubitatur, an culpa familiæ dominus occisus fuerit, in quo specialiter receptum fuit, vt non liceret aperire tabulas testamenti, aut ab intestato adire hęreditatem, antequam habita fuisset de seruis quæstio, ne hæres eos subtraheret. vide *l. 1. §. occisorũ, & ibi gloss. in verbo necatus, ff. ad Syll.*

8 Cuius responsionis vis, vt elucescat, meminisse oportet iuris nostri auctores diligenter curauisse, vt eorum qui occisi fuissent vindicta, publica auctoritate fumeretur, & ideò S. C. facta fuerunt de publica quæstione a familia occisorum habenda, cum serui eo loci erant vt opem domino ferre possent. vide *l. 1. ff. ad S.C. Syllan. & l. fin. C. de his quib. vt indig.*

9 Sed quia verendum erat, ne is, qui scriptus hæres esset, sciens seruos ad se pertinere, eos quæstioni subtraheret, cautum fuit, ne tabulæ testamenti aperirentur, aut hæreditas ab intestato caperetur, antequam habita esset de seruis quęstio. vide *l. 3. §. quò ad causam, maxime in fine, ff. ad S. C. Syll.* quod si quis id fecisset, tunc hæreditas ei auferebatur, quod aduersus amplissimi ordinis decretum tabulas aperuisset, vel hæreditatem adiuisset. vide *l. Senatusconsulto 9. §. 1. l. in cognitione 13. l. lege Cornelia 15. §. 1. l. fin. ff. ad S.C. Syll. l. 3. l. 11. l. fin. C. de his quib. vt indign.*

10 Cum verò agebatur de nece, quam factam fuisse fine culpa seruorum constaret, statutum fuit, vt hæres vindictam publicam imploraret, & diligenter curaret de noxijs supplicium sumi, quod si id neglexisset, ei hæreditas, velut ab indigno auferebatur ob inultam mortem defuncti, veluti constat *ex l. 9. ex l. 15. in principio, & §. 1. ex l. 21. §. 1. & §. 2. ex l. 22. & penult. ff. ad S.C. Syll. & C. de his quib. vt indignis. l. 6. 7. 8. 9. & 10.*

11 Hoc autem casu permissum fuit aperiri tabulas, & hæreditatem adiri, *l. cum fratrem, C. de his quib. vt indign. l. 5. §. 3. ff. ad S.C. Syll.* quia nulla causa erat, cur prohiberetur, immò euidẽs causa erat, cur concederetur, vt esset notum, cuius munus esset curare de noxijs supplicium sumi.

12 Non sunt itaque hi casus confundendi, nec licet id, quod dispositum fuit eo casu, quo de culpa familiæ suspicio est, trahere ad alterum casum, cum in ipsis diuerso iure vtamur, quò ad facultatem adeundi, & aperiendi tabulas testamentarias, quod adeò disertè explicat I. C. *in d. l. 1. §. occisorum, vers. licet enim, ff. ad S.C. Syll.* vt nulla supersit dubitandi occasio.

13 Cum itaque tex. *in d. l. 1. C. de his quib. vt indign. & in d. l. hæredem, ff. eod. tit.* apertè loquantur de eo, cui hæreditas aufertur ob inultam mortem defuncti, nõ rectè adsertur tex. *in d. l. 3. §. non tantum*, ad probandum eum hæreditatem capere non potuisse, quia loquitur de eo, qui priuatur hæreditate ob apertas tabulas, vel aditam hæreditatem, ante habitam de familia quæstionem.

14 Ad argumentum partis aduersæ respondeo, vasallum non posse bona fide retinere feudum, nisi quatenus ab initio voluit dominus apud eum manere, & ideò in mala fide est, cum adeò grauiter in eum peccauerit, vt inciderit in commissum, quia tunc aduersus eius voluntatem feudum retinet, vt ostendi nu. 4.

Nec nocet, quod titulus adhuc duret, quia hoc non sufficit, vt quis bona fide rem alienam aduersus domini voluntatem retineat, vt probaui *per l. cum tale, §. falsam causam, ff. de condit. & demonstr. l. 3. §. fin. & l. sequeuti, ff. de adimend. legatis.*

15 Neque etiam nocet, quod nemo vltrò debeat subire pęnam, quia vt circa fructus malæ fidei possessor quis sit, satis est, vt sciat se in pęnam incidisse, vt probatur *d. l. 1. C. de his quib. vt indign.* certum est enim aduersus eum, cui hæreditas ob inultam mortem defuncti aufertur, necessariam esse iudicis sententiam, & tamen antequam lata fuerit huiusmodi sententia, incidit in malam fidem quò ad fructus, & iure meritò, quia sciens officium pietatis omisit, quod tantò magis vrget contra vasallum, quantò peius est offendere dominum, a quo feudum quis habet, quàm prætermittere vindictam necis defuncti.

Pro possessore in pari causa pronunciandum esse, quomodò accipiendum sit ad l. in pari causa, ff. de reg. iur. *Cap. XX.*

1 IN pari causa pro possessore esse pronunciandũ, docet tex. *in l. in pari causa, de reg. iur. in c. in pari, eod. tit. lib. 6.* huiusque regulæ vsus, cũ sit quotidianus, bene erit eius vim diligenter exponere, quod, vt mihi videtur, non obscurè Iust. facit *in §. retinendæ, vers. commodum, Iust. de interdictis.* dum inquit.

Commodum autem possidendi in eo est, quod etsi eius res non sit, qui possidet, si modo actor non poterit suam esse probare, remanet in suo loco possessio; propter quam causam cum obscura sunt vtrinsque iura, contra petitorem iudicari solet. & ex hoc principio descendit decisio *§. fin. C. de probationibus*, cuius verba hæc sunt. *Rer alienas possidens, licet iustam tenendi causam nullam habeat, non nisi intentionem suam implenti restituere cogitur*, concorda *l. si quidem 9. C. de except. l. negantes 9. C. de act. & oblig. l. 2. C. de probat. l. 5. in principio, ff. quemad. vsusf. pet.*

2 Huius autem traditionis ea ratio est, quia actor debet de suo, non de alieno iure experiri, *l. 6. ff. quẽadm. vsusfr. pet.* ideoq; actori non licet in eo suam intentionem fundare rem non esse possessuris; hoc enim nihil aliud est, quàm iura alterius allegare; hancque ratiocinationem proponit, eleganterque explicat Theophilus *in §. æquè. Instit. de act.* dum inquit.

Qicunque enim cum aliquo agit, ex eo iure, quod

ipse habet causam suam probare debes. Veluti si hunc fundum meum esse appares. Neque enim quod meum non est protinus tuum est. Quod si neque meus, neque tuus est fundus, vincere tamen debeo in hoc iudicio per regulam, qua dicere solemus; in pari causa meliorem esse conditionem possidentis.

3 Cum autem hæc vrgeant, etiamsi aduersus possessorem agatis, cuius causa fauore digna est, meritò cócludendum est oportere etiam in causis fauorabilibus plenè de iure actoris constare, vt aduersus possessorem sententia ferri possit.

Huc spectat *l. 5. C. de lib. caus.* dum inquit, *Probationis sanè onus, eum è seruitute in libertatem asseritur ad se recipis: quæ si affirmationem suam non impleat, inconcussum ius possessionis obtinebis.* Si enim in liberali iudicio ius possessionis efficit, vt non impleente actore intentionem suam, reus absoluitur, non nocet vtique possessori, aduersarij sui causam fauorabilis esse, cum quæritur, an oporteat plenè intentionem suam probare; nam in iure nostro nihil tam fauorabile est quam libertas, *l. libertas, ff. de reg. iur.*

4 Aduersus hanc sententiam adferri solet *l. ante penult. ff. de manumiss. c. 3. de prob.* sed frustra, nam tex. *in d. l. antepenult.* agit, non de liberalibus iudicijs, sed de cognitione, quæ suscipiebatur, dum is, qui sine causa non potest manumittere, causa allata, libertatem seruo dare vult, quemadmodú explicat Cuiac. *in l. inter pates, ff. de te iud. lib. 17. edict. Paul.* hæc enim est materia potissima tituli de manumissionibus, vt ex legibus in eo insertis liquet, & ideò alienum nimis fuisset a re proposita ingredi materiam liberalium iudiciorum, de quibus in eodem libro satis longus extat titulus, in quo nec per somniú quidem, quispiam ex iuris auctoribus scripsit, aduersus possessorem pro libertate esse pronunciandum, cum ex parte actoris probatio non est plena.

5 Immò non obscurè contrarium dicitur *in l. diui fratres 27. §. quod si eiusdem tituli, iuncto §. antecedenti*, dum explicans quemadmodum pro libertate, absente reo, possit pronunciari, distinguit, aut is, qui se liberum asserit in possessione libertatis est, aut non est; Si in possessione libertatis erit, facilè pro eo pronunciandum est; si verò in possessione seruitutis aduersarius sit, ita demum pro libertate pronunciandum erit, si magna causa extiterit, & euidens probatio eum esse liberum ostenderit, tantam enim differentiam sola rei conuenti possessio introducit.

6 Hæcque interpretatio eo facilius admitti debet, quia alias nó rectè *in d. l. 5. C. de liberali iud.* diceretur inconcussum manere ius possessionis, nisi is, qui se in libertatem vindicat intentionem suam impleuerit, neque enim id fit, eum probationes actoris per probationes pares eliduntur; tunc enim res non minus obscura est, quam esset antequam aliquid ex parte eius fuisset probatum: hæc enim est paris probationis potestas, vt non sinat iudicem in alteram partem inclinare, quia par in parem non habet imperium.

7 Has difficultates præsentiens Socin. iun. *in l. 1. num. 63. ff. sol. matr.* dicebat, eum, qui per duos, puta, idoneos testes, suam probat intentionem, suam impleie affirmationem, & consequenter eum satisfacere *d. l. 5. C. de lib. caus.* & licet eorum testimonium per alios duos deindè èquè idoneos testes elidatur, non propterea rectè ait Socin. potest dici eum non probauisse plenè intentionem suam, quia quò ad se plena probatio est.

8 Respódeo munus actoris esse ostendere verum esse id, quod est fundamentum suæ intentionis, & ideò ad eum spectat tales adferre probationes, vt consideratis omnibus hinc inde deductis, iudex intelligat id verum esse, quod asserit, iudex enim secundum ea, quæ hinc inde fuere deducta pronunciare debet, *l. illicitas, §. veritas, ff. de off. præsid.* ideóque dum quæritur, an probatio actoris plena sit, nó debet separatim considerari, sed coniunctim, prout venit in pugnam cum probatione partis aduersæ, hoc est, vt more Philosophorum loquar, considerari debet in sensu composito, non in sensu diuiso.

9 Agamus nunc de tex. *in c. 3. de probat.* eo loci respondet Summus Pontifex quæstioni sibi propositæ a Cisterciensi Episcopo, qui eum interrogauerat, ad quem spectaret onus probandi in causa, quę in iudicio finium regundorum vertebatur inter quosdam, & Summus Pontifex respondet in hæc verba, quantum ad rem nostram spectat.

Quod si ambarum partium testes sint æquè idonei possessores, testes præferuntur, eum promptiora sint iura ad absoluendum, quàm ad condemnandum: præterquàm in liberali causa, in qua si vtriusque testes equales fuerint, pro libertate sententia proferretur.

10 Dum Pontifex meminit de iuris ciuilis sanctione circa liberalem causam, non id dicit, quia pertineret ad decisionem huiusmodi lites, in qua finium controuersia erat, sed, vt sit, ornandi sermonis gratia, & ideò absurdum est existimare his verbis eú voluisse innouare aliquid, aduersus iuris nostri sanctiones, maximè, quia in rescriptis particularibus, aliudque agendo, nouum est, & inauditum leges veteres corrigi, & proindè debet dictum Summi Pontificis intelligi secundum leges ciuiles, ad quas se refert, quæ cum non permiserint in causa libertatis contra possessorem pronunciari, nisi plena sit probatio actoris, sequitur nec id voluisse Summú Pontificem his verbis significare.

11 At dices, non rectè ergo Summus Pontifex liberales causæ meminit, quia hac admissa expositione, id ad rem non faciebat. Respondeo Summum Pótificem dixisse in initio suæ responsionis, testes eius, qui reus est, & possessor cæteris paribus debere præferri testibus actoris, addita ratione, quia sunt iura promptiora ad absoluendum, quàm ad condemnandum, quia verò hæc regula cessat, cum de liberali causa agitur, huius exceptionis meminit, non vt significet eam habere locum contra possessorem, sed vt ostendat eam cessare in liberalibus causis.

12 Si itaque in causa libertatis nostra regula militat, non est, vt quis existimet vllam aliam esse causam, in qua idem ius non habeat locum, cum præ cæteris libertas sit maximè fauorabilis, *l. libertas, ff. de reg. iur.* quod apertè sensit Theophilus *in §. retinendæ, Inst. de interdict.* dum ex versione Curtij sic inquit, de hac regula tractans.

Qua-

Quapropter, cum incertum est actor, an reus dominus sit, pro reo fertur sententia, semper enim cum actor in probatione deficit (namq; is onus probandi sustinet) victoria reo paratur.

13 Huc pertinet tex. *in c. si a sede, de præbend. lib. 6.* ibi enim habetur, quòd si eodem die Episcopus, & Summus Pontifex idem beneficium contulerint, nec appareat, cuiusnam collatio prius fuerit facta, præferri illum, cui a Summo Pontifice fuit collatum, nisi prouisus ab Episcopo in possessione beneficij sit.

Hinc enim intelligimus fauorem, quo lex regulariter prosequitur eum, qui a Sede Apostolica beneficium obtinuit, superari a possessione sui aduersarij.

14 An autem contra fiscum habeat locum nostra regula videamus. Eamque contra fiscum esse obseruandam sentiunt Bart. *in l. si is qui, num. 3. ff. de iur. fisci.* Neguf. *de pignor. par. 5. membra 2. nu. 43.* Peregr. *de iure fisci, lib. 6. tit. 6. nu. 19. vbi de communi.* Alex. Turaminus *ad l. non puto, par. 2. c. 1. nu. 13. ff. de iure fisci.*

15 Huic tamen sententiæ obstare videtur id, quod docet Bart. *in l. & quæ nondum, §. 1. num. 1. ff. de pignor.* dum scribit fauore fisci inductum fuisse, vt possessor teneatur probare rem sibi prius fuisse obligatam, quam fisco, vbicumque eodem die vtraque hypotheca fuit constituta, & incertum est quæ nam præcesserit, per tex. *in l. 1. C. de iur. fisc. lib.* 10. idem priuilegium agnoscũt relati a Couarr. *lib. 1. var. c. 16. num. 2.* Peregr. *de iur. fisc. lib. 6. tit. 6. num. 21.*

16 Respondeo hoc priuilegium incertum admodum esse, ipsum enim in dubium reuocant Din. *in l. non puto, ff. de iur. fisc.* quem ibidem Bart. refert, & sequitur Alex. *in l. 1. num. 2. ad fin. vers. nec placet, ff. solut. matr.* vbi Soc. iun. *num. 17.* alios allegat, *& num. 28. vers. sed aduertendum, cum sequentibus, & nu. 35. vers. & sic videtur,* ibidem P. Barbos. *p. 2. nu. 16. vers. vltimo, & num. 17. & nu. 20.* Menoch. *lib. 2. præsump. 72. nu 12.* D. Fachin. *lib. 10. c. 33. vers. quarta & postrema sententia.*

Et iure meritò, quia *ex l. non puto, ff. de iur. fisci,* manifestè patet non fuisse olim receptum, aut constitutum, vt in ambiguis pro fisco iudex pronunciaret, dum I. C. ait non delinquere iudicem, (de iudice enim hunc textum nostri intelligunt) qui facile contra fiscum pronunciauerit: quis. n. dubitat delinquere eum, qui contra ius illud, quod receptum est, vel constitutum iudicat?

17 Id verò, quod habetur *in l. 1. C. de iure fisc. lib.* 10. non satis commodè, aduersus nostram sententiam adfertur, quia multæ magnæque sunt nostrorum circa huius legis intellectum contentiones, vt constat ex interpretibus *l. 1. ff. solut. matr.* vbi præcipuè P. Barbos. *p. 2. num. 12. vers. tertiò videtur, & num. 17. vers. non obstat tertium, & nu. 18. 19. &* 20. ex Alex. Turamino *ad d. l. non puto, p. 1. c. 4. a nu. 12. & par. 2. cap. 1. nu. 20. ff. de iure fisci.*

In rebus enim controuersis solidum fundamẽtum constitui non potest, nisi re diligẽter discussa, quid verius sit apparuerit, quod si hac in re factũ fuerit facilè intelligemus huiusmodi tex. nostræ non obstare sententiæ, ex ijs quæ circa eius intellectum scripsi lib. 3. cap. 19.

18 Non omitto autem inter eos, qui hoc priuilegium retinent dubitari, an ei locus sit, cum possessor rem ex titulo oneroso tenet, vt constat ex Barbos. *loco allegato num.* 10. & ideò si ageretur de huiusmodi possessore, non modò de veritate priuilegij erit disputandum, sed discutiendum præterea erit, an aduersus eum, qui rem ex titulo oneroso habet, possit allegari, quod non esse admittendum euidenter probatur ex ijs, quæ scripsi d. cap. 19.

19 De dote nũc agamus, an aduersus ipsam nostra regula possit allegari, quod placet *Ias. in l. 1. nu. 7. ff. sol. matr.* vbi Ripa *num. 6.* Corat. *num. 5. in prima lectura.* Alciat. *reg. 3. præsumpt. 42. num. 5.* Cagnol. *in l. in ambiguis pro dotibus, num. 7 ff. de reg. iur.* Alex. Turamin. *ad d. l. non puto, par. 2. cap. 1. nu. 13. & 14.*

Contrarium docent Bal. Nouell. *de dot. par. 9. priuileg. 1. num. 3. vers. quid autem, & num. 4 & 5.* & alij, quos referunt, & sequuntur Couar. *lib. 1. var. cap. 16. num. 17. ad finem vers. sed non est par.* P. Barbos. *ad l. 1. par. 2. num. 3. vers. amplia tertio.* Peregr. *de iure fisci, lib. 6. tit. 6. num. 28.*

20 Hujus aut sententiæ propugnatores fundamentum constituunt *in l. 1. C. de iur. fisc. lib.* 10. quod etiam post Pontanum facit Soc. iun. *in d. l. 1. sol. matr. num. 60. vers. sed aduertendum, & num. 61.* arguendo de fisco ad dotem, sed frustra duplici ex causa. Primo, quia, cum dubium valde sit, an hoc priuilegium habeat fiscus, vt constat ex traditis per Barbos. & Turaminum locis allegatis nu. 18. non potest super eo fundamentum constitui, nisi diligenter examinetur, an fiscus hac fruatur prærogatiua, quod si fiat, facile intelliges nihil tale ad fauorem fisci fuisse introductũ, vt patet, & ex ijs, quæ scripsi lib. 3. cap. 19.

21 Secundò, hoc fundamentum fragile est, quia mala consequentia est, hoc in fisco receptum fuit, ergo etiam in dote erit obseruandum, cum enim agitur de priuilegio, quod in fauorem vnius constitutum fuit, non licet trahere ad consequentias *l. 1. ff. de const. Princ. §. quod Principi placuit, Instit. de iur. nat.* eoque minus id in reo nostra admittere debemus, quia de hoc priuilegio fisci clarè non constat; priuilegia enim fisci dubia, & incerta ad alias causas extendere ab æquo & bono nimis distat, & a mente iuris nostri auctorum, qui ea quæ contra rationem iuris introducta fuerunt, nec ad consequentias quidem trahi voluerunt, *l. quod verò, ff. de legibus*, hucque pertinet tex. *in l. quod non*

22 *ratione 39. ff. de legibus.* dum ait, *id quod errore prius deindè cõsuetudine receptum fuit, non esse trahendum ad consequentias.* Hinc enim intelligimus, cum tractatur de extendendo priuilegio, quod interpretum opinione magis, quam clara iuris sanctione introductum fuit, licere ipsius veritatem in dubium reuocare, ad effectum impediendi extensionem, quæ fortasse locum habere posset, si priuilegium fuisset aperta lege introductum; si enim hoc non licet, nihil huiusmodi lex suffragabitur.

24 An verò hæc nostra regula habeat locum aduersus eos, ad quorum fauorem in dubio pronunciandum est, videamus, & vt breuibus me expediam, eam non habere locum existimo, quia cum versa-

mur in obſcuris, vel in ambiguis, tunc res quò ad regulam noſtram dicitur clara, & explorata.

25 Dicam clarius, rem eſſe ambiguam, & obſcurã dupliciter dicitur, vel reſpectu ipſius negocij, vel reſpectu iudicis. Reſpectu negocij tunc dicitur adeſſe obſcuritas, vel ambiguitas, cum ipſum negocium in varias partes poteſt trahi, vel cum non conſtat, quid actum fuerit. Reſpectu verò iudicis tunc dicitur negocium ambiguum, vel obſcurum, cum non conſtat, quid agendum ſit. Dum dicimus quæſtionem, quæ in iudicio verſatur eſſe ambiguam, vel obſcuram, quia non conſtat, quid actum fuerit, rectè dicimus obſcuritatem, & ambiguitatem eſſe reſpectu ipſius quæſtionis; ſed reſpectu iudicis non rectè dicimus adeſſe obſcuritatem, quia clari iuris eſt pro poſſeſſore eſſe pronunciandum, cum non conſtat rem ad petitorem pertinere.

26 Concludo itaque regulam noſtram etiam aduerſus eos habere locum, pro quibus in dubio eſt pronunciandum, hocque eſt ex mente eorum, qui putant regulam noſtram non habere locum contra dotem, de quibus num. 20. cum enim ipſi confugiant, non ad regulam *l. in ambiguis, ff. de iure dotiũ,* ſed ad ſpeciale priuilegium, vtique ſentiunt huiuſmodi regulam contra poſſeſſorem non poſſe allegari.

Hocque explicitè poſt quoſdam alios ſcribit Alex. Turamin. *ad l. non puro, par. 2. c. 1. num. 13. & 14. ff. de iur. fiſci.*

27 Cauendum eſt itaque a Dec. *in l. fin. nu. 54. verſ. ſed pulchra, C. de edict. D. Adr. toll.* qui contrarium docet, quod etiam poſt nonnullos alios facit Menoch. *remed. 4. adipiſc. poſſeſſ. num. 789.* cum enim nullo ſolido nitantur fundamento, non eſt, cur ipſis in re tanti momenti aſſentiamur, textui enim *in l. fin. de re iudicat.* dum decidit pro cauſis fauorabilibus eſſe reſpondendum, cum pares ſunt iudicum diſcordantium ſententiæ, quo Dec. & ſequaces vtuntur, commodè ſatiſfit, animaduertendo diuerſam eſſe rationem inter eum caſum, in quo conſtat ex parte cauſarum fauorabilium non fuiſſe probatum id, quod probandum erat, & eum, in quo non deeſt cauſa credendi id factum fuiſſe.

Primo caſu manifeſta iniquitas eſſet in gratiam cauſarum fauorabilium ſententiam contra reum ferre, quia condemnaretur is, quem conſtat non eſſe condemnandum, actore enim non probante reũ eſſe abſoluendum manifeſti iuris eſt; altero verò caſu, non deeſt occaſio benignè rem interpretando, maiorem fidem præſtandi illi parti, quæ cauſæ fauorabili fauet, hoc enim proprium eſt earum rerum, quæ fauore dignæ ſunt, vt interpretatione benigna eas adiuuemus, *arg. l. cum quidam ff. de lib. & poſtum.*

28 Hinc enim ſequitur diuerſam rationem eſſe inter eum caſum, in quo contrariæ extant ſententiæ iudicum, & eum, in quo actor aduerſus poſſeſſorẽ agens, ſuam non impleuit intentionem, quando enim pares hinc inde ſunt iudicum ſententiæ, cauſa non deeſt exiſtimandi ex parte cauſæ fauorabilis probatum fuiſſe id, quod probandum erat, quod vtique facere non poſſumus, cum appareat actorem defeciſſe in probanda ſua intentione; non eſt ergo deciſio illius textus regulis iuris ciuilis contraria, alleganda in ſpetie noſtra, in qua ſupponimus ex parte actoris non fuiſſe probatum rem ad ſe ſpectare, quo deficiente abſurdum eſt rem auferre poſſeſſori.

29 Cum autem regula noſtra ex eo pendeat, quòd, actore ſuam non implente intentionem, plus iuris in re habeat poſſeſſor, quam eius aduerſarius, apparet eam non pertinere ad illa, quæ quis ſine priuilegio obtinere nequit, quoties is agit, qui ſuo iure id, de quo lis eſt, vindicat; tunc enim, cum actoris intentionem ius commune, vel ſtatutum ſufficienter fundet, non eſt ſatis poſſeſſori poſſeſſionem allegare, quia non eſt ſatis ad deſtruendum actoris fundamentum, hocque non obſcurè ſignificat Summus Pontifex *in r. 1. de præſcript. lib. 6.*

30 Ex quo patet regulam noſtram non habere locum in iuriſdictionalibus, cum enim is, qui territorij dominus eſt, quò ad iuriſdictionalia in toto territorio fundatam habeat intentionem, quicunque intra eius fines ius exercẽdi iuriſdictionem ſibi vindicat, & alia, quæ ſecundum leges ad eum ſpectãt, qui territorij dominus eſt de titulo planè docere debet, atque ita DD. noſtri docuerunt communiter, vt conſtat ex traditis per Peregr. *de iur. fiſc. lib. 7. tit. 3.* per Menoch. *retinend. remed. 3. a num. 589.* Rot. *p. 1. diuerſ. deciſ. 600. num. 7.* & alij paſſim.

31 Ex eodem fonte deſcendit, vt clerici poſſidentes beneficia teneantur titulum oſtendere, cum ordinarius id iuſſerit, iuxta tradita per Felin. *in r. litet Heli, a nu. 8. de ſimon.* per Sarnent. *ad regul. de trien nali q. 43. verſ. ſed ad iudicis requiſitionem;* cũ enim beneficia ex illis ſint, quæ ſine iuſto titulo poſſideri non poſſunt, *cap. 1. de reg. iur. lib. 6.* non credimus eum iuſtè tenere beneficium, qui ſolam allegat poſſeſſionem, ſi enim titulum haberet, ipſum allegaret, quòad beneficia enim pertinet, facillimũ eſt iis, qui legitimè ipſa obtinẽt, titulum oſtendere. Et licet accidere poſſit Bullas, & alia documẽta, quibus titulus probatur, perijſſe, id tamen perrarò accidit, & ideò non eſt attendendum *l. nam ad ea, ff. de legibus.*

Tranſactio an poſſit reſcindi, ſub pretextu læſionis enormis, vel enormiſſimę, inſpecto dubio litis euentu. Cap. XXI.

1 MAximi momenti eſt diſputatio, an tranſactio ob lęſionem poſſit reſcindi; alij indiſtinctè negant, alij diſtingunt inter lęſionem enormẽ, & enormiſſimam, alij putant lęſionem enormẽ ſufficere, ſi modò adſuerit inſpecto dubio litis euẽtu.

Tractant de hac re DD. *in l. Lucius 78. §. fin. ad Trebell. in l. 2. C. de reſcin. vendit. in l. ſi quis cum aliter, ff. de verb. oblig. & in c. 1. de tranſact.* & alijs in locis de quibus Iaſ. *in d. l. cum aliter, num. 13.* Ant. Gabr. *tit. de empt. & vend. concluſ. 1. nu. 68. & 69.* Menoch. *conſ. 451. num. 157. & 158. & conſ. 1111. a num. 58. & a num. 76.* Pinellus *de reſcind. vendit. par. 1. c. 4. num. 14. cum ſequentib.* Ant. Fab. *de error. pragmatic. decade 8. err. 10.* Surd. *conſ. 451. num. 9.* Rota *deciſ. 625. & 715. & deciſ. 461. num. 7. p. 1. deciſionum a Farinatio collectarum, quas recentiores appellant,* eandem Rotam adeas *p. 1. diuerſor. deciſ. 102. num. 3.* Decian. *conſ. 56. a num. 66. lib. 4.* D. Fachin.

Fachin. *lib. 2. c. 26.* & alibi passim apud recentiores, quorum catalogo prætermisso, id ipsum quæram, quod nostri instituti est, quid scilicet verius sit.

2 Cum autem plurimis iuris nostri locis, non obscurè dicatur læsionis sub prætextu, quantacumque illa sit, non posse transactionem rescindi, quo solidior disceptatio nostra futura sit, iu is ratione, hanc non admittere rescissionem, primò ostendã, secutus vestigia Pau. *in l. in summa 65. in princip. de condit. indeb.* qui tractans de repetitione indebiti, quod transactionis gratia fuit solutum, sic inquit.

Et quidem, quod transactionis nomine datur, licet res nulla media fuerit, non repetitur: nam si lis fuerit, hoc ipsum, quod a lite disceditur, causa videtur esse: sin autem euidens calumnia detegitur, & transactio imperfecta est, & repetitio dabitur.

3 Habens I. C. ante oculos eum, qui non bonam causam souens litigat, & transigit, admittit eum retinere posse id, quod ob transactionem accepit, si modò tanta calumnia non detegatur, vt nec lis fuisse videatur, cum ergo de rescissione transactionis agitur, non est quærendum quanta læsio fuerit, sed an lis fuerit, alias iniuria fit I. C. qui hanc rem ex professò tractans, hanc solam rationem considerat; meritò enim notaretur, quòd tàm obscurè, vt leuiter dicam, rem de qua ex professò agit, proponat, vt nullum prorsus ex eius verbis inditium appareat eius, quod senserit, quod enim dicũt aduersarij euidentem calumniam detegi, cum eiusmodi lęsio interuenit, non subsistit, cum multæ causæ excogitari possint, ob quas lite vera existente, tanta læsio inciderit.

4 Huncque I. C. sensum esse, vt indebitum ex causa transactionis solutum non repetatur, distinctione huiusmodi repudiata, probatur *ex l. 6. C. de iur. & fact. ignor. & ex l. intentio 23. C. de transact.* verba *d. l. 6.* hæc sunt.

Si non transactionis causa, sed indebitam errore facti olei materiam vos Archontico stipulanti spopõdisse Rector Prouinciæ animaduerterit: reddito, quod debetis, residui liberationem condicentes audiet.

Indebitũ es cã transactionis promissum, si cõdici posset, cum inspecto dubio litis euentu enormissima læsio extat, cur hoc loco negatur eum, qui læsus fuit, audiri? Cur non permittitur ei litem instituere, & statum litis, de qua transigit, in disceptationem vocare, vt constare possit, an inspecto litis huiusmodi dubio euentu, enormissimè fuerit læ-

5 sus? Idipsum clarius probat *d. l. nec intentio*, dum ait. *Nam cum quæstionem transactione decisam, & a te dari placitam numeratam pecuniam proponas, improbè tibi decerni petitionem postulas, cum, etsi tantũ in stipulationem fuisset deducta, indebiti velamento a promisso defendi non posses.*

Volebat is, de quo agitur probare, se indebitum soluisse, & ideò actionem sibi dari postulabat, improbitatisque causa arguitur, quia trãsactione negotiũ finitũ fuerat, quod vtique iniustissimũ esset, si sub prętextu læsionis enormissimę secundum dubium litis euentum, transactio posset impugnari, quia indebiti solutionem allegando, non enormissimam, sed totius iacturam proponebat, & petendo actionem sibi dari probandæ læsionis, secundũ dubium litis euentum facultatem implorabat.

6 Secundò pro nostra sententia plurimum vrget, quia is, qui aduersario suo iuramentum detulit, læsionem, quantacunque sit, non potest allegare *l. 5. l. nã postea, §. 1. de iur. iur.* ergo multò minus id ei licebit, qui transegit, ius enim iuramenti ex eo pendet, quod trãsactionis similitudinem habet, *l. quod si deferente 22. de dolo.* dum ait, *quod si deferente me, iuraueris, & absolutus sis, postea per iuramentum fuerit probatum, Labeo ait, actionem de dolo in eum dandam, Pomponius autem per iusiurandum transactum videri.*

7 Et iure meritò dicitur is, qui iuramentum defert, transigere, quia sicut is qui transigit, propter dubium euentũ litium, expensasque earum, & molestiam, siue ob alias causas, sciens, volensque actionem, aut exceptionem, cuius vim ante oculos habet, remittit pro eo, quod sibi datum, promissũ, aut condonatum fuit; ita ille, qui iuramentum defert prę molestia, incertitudine, & dispendijs litiũ, aut aliam ob causam actionem, aut exceptionem, sibi competentem ante oculos habens, ius suum religioni aduersarij committit, hocque non obscurè dicitur *in l. 2. ff. de iur. iur.* dum ait. *Iusiurandum speciem continet transactionis, maiorem que habet auctoritatem, quam res iudicata*, quæ postrema verba plurimum nostræ sententiæ adiumenti afferunt: nam vis iuramenti potissima ex eo pendet, quòd deferens iuramentum transegisse censetur, si Pomponio credimus *in d. l. quod si deferente.*

8 Tertiò nostram probat sententiam *l. non minorem 10. C. de transact.* dum ait, *non minorem auctoritatem transactionum, quam rerum iudicatarum esse recta ratione placuit, siquidem nihil tàm fidei cõgruit humanæ, quàm ea, quæ placuerunt custodiri.*

Cum itaque allegatio aduersus res iudicatas, sub prętextu læsionis non audiatur *l. 1. & 4. C. de re iud. c. cum inter vos 13. c. suborta 21. de sent. & re iud. l. si per impudentiam, de euict. l. 1. C. quando prouoc. non est necesse, l. 1. ff. eod. tit. c. fin. de empt. & ven.* nec etiam aduersus transactionem erit recipienda, reiecta distinctione enormis, & enormissimę læsionis, & an de ea constet, inspecto dubio litis euentu; sed id quod de re iudicata dicitur *in l. res iudicata 207. ff. de regul. iur.* eam pro veritate haberi; erit etiam de transactione dicendum, cum non minorem vim habeat, quam res iudicata.

9 Huic fundamento ex aduersò multipliciter respondetur, primò autem loco aiunt æquiparationem inter transactionem, & rem iudicatam non fieri indistinctè; sed in quibusdam tantum, quod etsi verum esset, nihil tamen nobis nocet; nam in eo, de quò agitur, scilicet circa firmitatem, & vim, æquiparatio fuit facta, verissimumque hoc esse ex eo præterea liquet, quod sicut res iudicata, propter maximam quam habet vim sub prætextu instrumentorum de nouo repertorum non retractatur *l. 4. C. de iud.* ita nec transactio ob eiusmodi causam reuocatur *l. huius 78. §. fin. ff. ad S. C. Trebell. l. sub prætextu 19. C. de trans.* cumque iustissimus error sit is, in quem incidit transigens ob ignorationem instrumentorum huiusmodi *l. regula, ff. de iur. & fac. ign.* quis quæso admittet eum non suffragari, si subuenitur ei, qui habens ante oculos statum litis transigendo grauissimè fuit lęsus? nemo vtique,

confu-

conſule *l. penult. §. penult. ff. de iur. & fact. ignor. l. 2. in fi. ff. quis ordo in bon. poſſ. ſeruetur.*

10 Secundò reſpondent imputandum eſſe ei, aduerſus quem ſententia lata fuit, cur non appellauerit, & ideò nil mirum eſſe ſi aduerſus rem iudicatam non audiatur.

Hæc reſponſio in eo primum peccat, quòd putant eius auctores ſimilitudinem inter rem iudicatam, & tranſactionem fieri, cùm ſententia ob non interpoſitā appellationem in rem tranſit iudicatam, euidenter enim falſum eſt, cum tex. indiſtinctè de re iudicata tractet.

Secundò peccat, dum putāt diuerſam eſſe cauſam eius, qui non appellat, & illius, qui tranſigit, quò ad rem noſtram, quia hoc euidenter falſum eſt, ſicut enim is, qui non prouocat, habens ante oculos actionem, aut exceptionem ſibi competentem, eam remittere cenſetur, non prouocando a ſententia contra ſe lata; ita ille qui tranſigit, dum habens ante oculos ius ſuum, pro eo, quod ſibi datum, promiſſum, aut remiſſum fuit, illud remittit, reliquum donare videtur.

11 Tertia reſponſio eſt, rem iudicatam ſub prætextu læſionis reſcindi poſſe, *cap. inter cæteras, de ſent. & re iudic.* quæ ideò non nocet, quia huiuſmodi textus non agit de re iudicata, ſed de ſententia ab eo lata, cui fuerat cauſa commiſſa appellatione remota, quod vbi fit, non cenſetur appellatio indiſtinctè reiecta, *cap. paſtoralis 53. de appell.* dum ait.

Quæſiuiſti vtrum quando inhibetur appellatio in reſcripto, fruſtratoria tantum inhibita videatur. Nos igitur attendentes, quod per appellationem fruſtratoriam, etiam ſi non fuiſſet inhibita, negocium non debeat impediri, reſpondemus, quod qualibet appellatio intelligitur remoueri, quæ a iure non indulgetur expreſſe; ſed ſi appellans fuerit grauatus iniuſtè, grauamen huiuſmodi per ſuperiorem poterit emendari.

Exempla autem, in quibus tunc appellatio conceditur, colligi poſſunt *ex capitulo 47. eod. titu.* & ex commentarijs DD. ad hunc locum.

12 Quartum fundamentum deſumitur *ex l. Lucius 78. §. fin. ff. ad S. C. Trebellian.* dum ait.

Hæres eius, qui poſt mortem ſuam rogatus erat vniuerſam hæreditatem reſtituere; minimam quantitatem, quam ſolam in bonis fuiſſe dicebat, his quibus fideicommiſſum debebatur, reſtituit: poſtea repertis inſtrumentis apparuit, quadruplo amplius in hæreditate fuiſſe. Quæſitum eſt, an in reliquum fideicommiſſi nomine conueniri poſſit? Reſpondi ſecundum ea, quæ proponerentur, ſi non tranſactum eſſet, poſſe.

Læſio enormiſſima aderat dubio procul hoc in caſu; dubitatio itaq; aduerſariorū opinione retenta in eo conſiſtebat, an inſpecto dubio litis euentu læſio enormis, vel enormiſſima extaret, ideoq; I. C. non poterat indiſtinctè fideicommiſſarios excludere; ſed ita demum ſi ſecundum dubium litis euentum læſio huiuſmodi non extabat, quod cū non fecerit, (ideo enim eos repellit quod tranſigerint) manifeſtum eſt, eum ſolam tranſactionem præ oculis habuiſſe, ſi enim eos excludit, quia læſio non extabat inſpecto litis euentu, quis eum excuſabit quod ſimpliciter dixerit, ideò eos non audiri, quia tranſegerunt. Dubitatio autem euentus litis pendebat ex facultate reperiendi inſtrumenta, ex illis enim omnis dubitatio tollebatur.

13 Inſuper, aut narratum fuit I. C. quam difficile fideicommiſſarijs erat tempore factæ tranſactionis, inſtrumenta detegere, aut fuit omiſſum, ſi fuit narratum, cur I. C. huius circunſtantiæ, ex qua deciſio pendet, non meminit, ſi verò hoc fuit omiſſum, cur fideicommiſſarios excludit ex eo, quod tranſegerint? Certè nulla ratio idonea ſuadendi occurrit, niſi dicamus putauiſſe I. C. ſolam tranſactionem fideicōmiſſarios excludere; nam, ſi dixeris, eum data opera prætermiſiſſe eius circunſtantiæ mentionem, ex qua eius deciſio pendet, manifeſtè eum redarguis.

14 Ad noſtram autem opinionem confirmandam quinto loco occurrit argumentum, vt mihi videtur, indiſſolubile, ex eo ductū, quòd Diocletianus, & Maximianus AA. diligentiſſimi, ambiguitatum quæ ex iure oriuntur, vt plurima eorū reſcripta indicant explanatores, octies interrogati, an læſio ad infringendam tranſactionem allegari poſſet, negatiuè ſemper reſponderunt, nulla facta diſtinctione, an læſio enormis, vel enormiſſima eſſet inſpecto dubio litis euentu, etiam ſi verſarentur in illis ſpeciebus, in quibus ſecundum dubium litis euentum læſio enormiſſima adeſſe poterat; quis enim eos credat, de eadem re toties interrogatos, id ſubticuiſſe, quod præcipuè obſeruandum erat, plurimum ſcilicet intereſſe, quanta læſio eſſet, & an adeſſet inſpecto dubio litis euentu?

15 Reſcriptorum autem huiuſmodi, primum occurrit *l. ſub prætextu 19. C. de tranſact.* cuius verba hæc ſunt.

Sub prætextu inſtrumenti poſtea reperti, tranſactionem bona fide finitam, reſcindi iura nō patiuntur.

Si quis eſt, cuius gratia tranſactio infringi debeat, is vtiq; eſt, de quo hic agitur, ignoratio enim facti alieni prudentiſſimos quoſque fallit, & tamen hic dicitur, abſque vlla diſtinctione ſub prætextu inſtrumenti nouiter reperti, eam non poſſe infringi; ſi læſio enormis, aut enormiſſima inſpecto dubio litis euentu ſufficit, cur repellitur, etiam ſi non conſtiterit per iudicialē diſceptationē læſionē enormē non adeſſe inſpecto dubio litis euentu?

16 Secundò occurrit *l. ſi pro fundo 33. C. de tranſact.* dum ait, *ſi pro fundo, quem petiebas, prædium certis finibus liberum dari tranſactionis cauſa placuit, licet hoc prædium obligatum poſt, vel alienum pro parte fuerit probatum: inſtaurari deciſam litem prohibent iura.*

In hac ſpetie extare potuiſſe enormiſſimam læſionem inſpecto dubio litis euentu, non eſt, cur dubitemus, cur ergo non permittitur ei, qui læſionem allegat, inſtaurare litem, vt læſionem huiuſmodi probare valeat?

17 Tertiò ſeſe offert *l. vnica, C. de error. calculi,* dum ait, *errorem calculi, ſiue ex vno contractu, ſiue ex pluribus emerſerit, veritati non afferre præiudicium ſæpe conſtitutum eſt. Vnde rationes etiam ſæpe computatas denuo retractari poſſe, ſi res iudicatæ nō ſunt, vel tranſactio non interuenit, explorati iuris eſt.*

Cum error in calculo adeſt, enormiſſima læſio vtique adeſſe poteſt, inſpecto dubio litis euentu, cur ergo cauſam tractare iterum non permittitur, cum tranſactio interuenit, vt læſus oſtendi poſſit?

Cur

Cur, quò ad impediendam rationum retractationem rem iudicatam, & transactionem æquiparat textus? nulla certè alia adferri potest, quam quia id nihil referebat.

18 Quintò occurrit *l. lege, post decisionem 13. C. de furt.* cum ait, *post decisionem furti leges agi prohibent; quod si non transegisti, sed de sublatis partem tantum accepisti, residuum vindicare, vel condicere, & actione furti apud Præsidem Prouinciæ agere potes.*

Si transactio non nocebat actori reliquas res suas vindicanti, si modò aderat læsio enormissima inspecto dubio litis euentu, cur non permittitur ei, qui transegit litem instituere, vt læsionem huiusmodi detegere valeat?

Similes textus eorundem Imperatorum habentur *in l. nec intentio 23. in l. seq. in l. sub prætextu 29. in l. si pro fundo 33. C. de transact. in l. interest 21. C. de solut.*

19 Tantoque magis reprebendendi essent, quòd alibi ijdem Imperatores professi fuerunt, non minorem vim transactionem habere, quam rem iudicatam, *vt in l. non minorem 20. C. de transact.* hoc enim vrgentissimum argumentum præbet, nullam omnino læsionis allegationem contra transactionem admitti, vt ostendi num. 7. cum sequentibus; cur ergo de eadem re interrogati semper id omittunt, quod caput disceptationis est, rem de qua toties fuerunt interrogati, data opera, in tenebris relinquendo?

20 His accedit, quod cum Alex. Imp. rescripto declaratum fuisset aduersus transactionem, solam de dolo actionem superesse *l. 4. C. de transact.* ijdem Imperatores *in l. interpositas 13. eod. tit.* eandem rem tractando, aiunt.

Ad vim tamen, vel dolum arguendum, qualitas causæ principalis non sufficit, vnde si nihil tale probari potest, consensu quæstiones terminatus minimè instaurari oportet.

Illa verba, *qualitas causæ principalis non sufficit*, hunc sensum habent, vt ad probandum dolum, vel metum non sit satis ostendere se grauissimè læsum fuisse, vt explicat gloss. cum qua sentiunt ibidem DD. communiter, Odoffr. *num. 1.* Bart. *num. 3. & 9.* Bal. *num. 1.* Salic. *ante num. 1.* Castr. *nu. 4. & 5.* Fulgos. *num. 4.* Alex. *in summar. & num. 3.* Romanus *prope finem.* Ias. *num. 1.* Curt. iun. *nu. 9.* Claud. Aquensis *num. 20.* Alciat. *num. 28.* Menoch. *lib. 3. præsumpt. 126. nu. 6.*

Non licet ergo læsionis allegationem aduersus transactionem admittere, quia tunc falsum esset, nullam aliam, quam de dolo actionem, contra transactionem superesse; non omitto autem, tunc demum admittere DD. dolum suffragari ad rescindendum contractum, cum est talis, qui caderet in prudentissimum virum, vt per Ias. *in §. actionum, num. 40. de actionib.* & per Decian. *cons. 56. nu. 74. lib. 4.* hinc enim sequitur malè ex læsione indistinctè colligi dolum.

21 Septimò nostram sententiam plurimum adiuuat *l. a diuo Pio 15. §. si pignora, de re iudic.* cuius verba hæc sunt. *Si pignora, quæ sunt, emptorem non inueniãt, rescriptum est ab Imper. nostro, & Diuo patre eius, vt addicantur ipsi, cui quis condemnatus est, vtique ea quantitate, qua debetur. Nam si creditor maluerit pignora in creditum possidere, hisque contentus, rescriptum est, eum non posse, quod amplius sibi debetur petere, quia velut pacto transegisse de cætero videtur, qui contentus fuit pignora possidere.*

Cum quis mauult pignora in creditum possidere, nihil aliud petere potest, quia de cætero transegisse videtur, sicut enim is, qui transigit, quando pro eo, quod sibi debetur, accipit id, quod datum, promissum, aut remissum fuit, reliquum remittere intelligitur, ita is, qui pignora in creditum possidere mauult, nihil aliud petere potest, quia pignoribus huiusmodi contentus fuit, pro eo, quod sibi debetur, hæc est ratiocinatio I. C. hoc in loco, ex qua colligitur argũ pro nostra sententia omni solutione maius, vt rectissimè animaduertit Aretinus.

22 Si enim is, qui transigit pro eo, quod sibi debetur, contentus est eo, quod sibi datur, promittitur aut remittitur, nulla causa est, cur sub prætextu læsionis litem instaurare velit, quia sciens, volensque loco eius, quod sibi debetur, accepit id quod sibi in transactione datum fuit, iura enim non sinunt ea, quæ simul placita fuerunt, retractare; maximè, cũ causa, propter quam ad conuentionem deuentum fuit, sic se habet, vt nequeat certam accipere extimationem, veluti est causa transactionis; quis enim poterit decernere quanti, cuiusque intersit a lite discedere? quod cum optimè intelligeret Paul. *in l. in summa 62. ff. de condit. indeb.* ait, satis esse, ad transactionem sublinendam, vt lis extiterit.

23 Nunc dissoluere oportet argumenta, quæ contra nostram sententiam adducuntur, quorum primum desumitur *ex l. 2. & ex l. si voluntate, C. de rescind. vend.* si enim cæteræ conuentiones, cum læsionem vltra dimidiam continent, emendãtur, cur secus erit in transactione? Responsio in promptu est, magnam extare inter transactionem, & cæteras conuentiones differentiã; in cæteris enim commertijs tractatur de rebus extra controuersiam positis, quæ tanti extimantur a domino, quanti valent, & ideò nulla ratio est, cur putemus eum, qui læsus fuit, aliquid de suo condonare voluisse, quod vbi deest, ei qui læsus fuit omninò subueniendum est, ne alter cum eius iactura locupletetur.

Illud enim effecit, ne is, qui transegit, de læsione conqueri possit, quia censetur aduersario suo reliquum condonare, quod clarè exprimit I. C. *in l. quod si deferente 22. ff. de dolo.* dum volens ostendere eum, qui detulit iuramentum, detecto periurio, amplius agere non posse, ait id accidere, quia trãsegisse videtur, hæc enim ratio non esset idonea, si is qui transigit non censeretur aduersario ius sibi cõpetens condonare.

24 Istud etiam indicat apertissimè I. C. *in l. a diuo Pio, §. si pignora, de re iud.* dum volens ostendere eum, qui pignora in exactionẽ capta in creditum possidere elegit, non posse id, quod superest petere, ait eum transegisse videri, nisi enim qui transigit censeretur reliquum condonare, non rectè I. C. ratiocinaretur.

Ideò autem condonare censetur ius suum is, qui transigit, quia sciens, volensque pro eo iure, quod sibi competit, id accipit, quod sibi datur in transactione, si enim id vult, quod sibi debetur, cur litem non prosequitur?

At

25 At dices eum a lite discedere, quia putat transactionem tantam læsionem non continere. Non rectè, quia transactio fit, vt a lite discedatur *l. 1. ff. de trans. l. in summa 62. ff. de cond. ind.* quia scilicet is, qui transigit pluris faciat id quod sine controuersia habere potest, quam spem integrè sibi satisfactum iri propter litium dubios euẽtus, molestias, aut ob alias, quæ incidere possunt, causas, & ideò I. C. *in d. l. in summa*, ait, satis esse, vt lis fuerit, ne indebitum ex causa transactionis solutum repetatur, sicut enim alicui nõ potest prçscribi, ne timeat *l. 4. ad Trebell.* ita nulli præscribi potest cur velit a lite discedere.

26 Secundò contra nostram sententiam adducitur *l. si quis cũ aliter, ff. de verbo. oblig.* dum inquit. *Si quis cum aliter eum conuenisset obligari, aliter per machinationem obligatus est: erit quidem subtilitate iuris obstrictus, sed doli exceptione vti potest. Qui enim per dolum obligatus est, competit ei exceptio. Idem est, etsi nullus dolus intercesserit stipulantis, sed ipsa res in se dolum habet. Cum enim quis petat ex ea stipulatione, hoc ipso dolo facit, quòd petit.*

Vt huic argumento satisfiat, meminisse oportet maximam esse differentiam inter actionem de dolo, & exceptionem doli; nam actio de dolo non datur, nisi in subsidium, cum omnis actio defecit, *l. 1. §. idem fuit, de dolo;* è contra exceptio de dolo datur vbicumque aliqua exceptio reo competit, *l. 2. §. item quæritur, l. qui æquitate 12. de doli mali, & met. excep.* vbi I. C. habet hæc verba.

Qui æquitate defensionis, infringere actionem potest, doli exceptione tutus est.

Non rectè ergo ex hoc tex. colligitur in fauorẽ eius, qui aduersus transactionem agere vult, idem esse dolo inductum fuisse ad transigendum, & transactionem re ipsa continere dolum, cum textus loquatur respectu rei excipientis de dolo, nos verò agimus de actore actione de dolo vti volente, nam hoc est argumentum ductum a minori ad maius affirmatiuè, qđ non valere plusquã verũ est.

27 Sed nec exceptio doli poterit competere, si ipse conueniatur, quoniam differentia est hac in re inter stipulationem, & transactionem, vt probat *l. 1. C. de error. calculi.*

Quodque actio de dolo non possit propter læsionem competere, habemus tex. *in l. interposita 13. C. de transact.* dum tractans de hac ipsa re, ait ad dolum arguendum non sufficere qualitatem causæ principalis, idest læsionem grauissimam, vt cum gloss. ibi exponunt DD. communiter, quos retuli nu. 20. quò spectat *l. dolus 20. C. de rescin. vendit.* dum ait, *dolus emptoris qualitate facti, nõ quantitate pretij æstimatur.*

28 Tertiò adducitur pro Bart. *l. si superstite 5. C. de dolo*, dum ait, *si superstite patre per emancipationẽ, tui iuris effecta, matri successisti, rebusque tuis per legitimum tutorem patrem administratis, postea, cum eo transegisti bona fide, perspicis, quod si pactum tantum factum sit petitio tua per exceptionem submouebitur. Sanè si læsa es immodicè, liberatione solemniter per nouationem, atque acceptilationem tributa, non de dolo propter paternã verecundiam, sed in factum actio tibi tribuenda est.*

Vrgent hunc tex. dum ait filiam, si immodicè læsa fuerit posse aduersus transactionem insurgere, nulla facta mentione, quod dolosè pater ea in re fuerit versatus.

Circa intellectum huius textus, multi multa dixerunt, ego existimo collimasse Petrum Loriottũ *de pact. axiomate 91.* quem refert, & sequitur Pinellus *de rescin. vend. p. 1. c. 4. nu. 23.* dum dixit, non ex eo quòd læsa fuit mulier colligi dolum, sed ex eo quòd pater persuaserit filiæ, vt trãsigeret, quod nõ obscurè indicant illa verba *bona fide transegisti*, quç frustra posita fuissent, nisi significarent filiam fidem patris secutam transegisse, quod patris dolum arguit manifestè; quis enim a dolo poterit excusare patrem, qui paterna auctoritate vtitur, vt filiam ad transigendum inducat?

29 Qui intellectus eo libẽtius retineri debet, quòd aliàs repugnaret alteri rescripto eorundem Imperatorum, *de quo in d. l. 23. C. de transact. & regul. d. l. dolus, C. de rescin. vendit.* alia allegata pro hac sententia ex dictis corruunt, & ideò contraria sententia repudianda est, cum iuri nostro non sit consona, & litium materiam non leuem præstet.

30 Si tamen retineas contrariam sententiam, aduerte in primis per testes non posse probari læsionem inspecto dubio litis euentu, quia cum communiter inter homines venditio rerum litigiosarum non fiat, quia perpauci sunt, qui merita causarum intelligant, nullus est, qui possit dicere quanti potuisset secundum communem æstimationem distrahi ius actoris, quod per trãsactionem remissum fuit.

31 Deindè aduerte opus esse, vt is qui læsionem allegat, probet eam excedere dimidiam, consideratis impendijs, laboribus, molestijs, ac incertitudine litis, quòd non potest intelligi, nisi ab eo, qui plenam notitiam habeat potentiæ, industriæque partium, procuratorum, & aduocatorum, quos quisque eorum elegerat; ex his enim efficitur, vel leuior causa eius qui læsus fuit, vel grauior.

32 Inspici debebit etiam, an is qui læsionem allegat dimittẽdo litem aliud aggredi potuerit, quod sibi vtile, aut honorificum futurum esset, denique id omne respici debet, quod mouere potuerit eum ad litem deserendam, hæc enim læsionem minuunt, quæ res efficit vt difficillimum sit lçsionem vltra dimidiam inspecto dubio litis euentu probare, quod rectissimè agnoscunt DD. communiter, si credimus Pinello *de rescin. vendit. par. 1. c. 4. num. 16.* vbi habet hæc verba, *in quibus terminis probatio difficillima erit rarissimeque reperietur, vt agnoscunt omnes scribentes*: quod tanto magis verũ est, quod probatio lçsionis euidens esse debet, vt exponit amplissima Rota Roman. apud Card. Seraphin. *decis. 638. a num. 1.* & in recentioribus. *p. 1. decis. 539. nu. 2.* ideoque euidenter reip. damnosa est huiusmodi opinio, cum aperiat viam litibus implicatissimis, in quibus actor rarissimè obtinere poterit, quod cum agnouissent Potẽtissimi Reges Francorum, & Emanuel Philibertus Dux Sabaudiæ Serenissimus, editis constitutionibus, hanc sententiam exploderunt, vt testis est Faber *de errorib. pragmatic. deca. 8. error. 10.* eandem sententiam explosit lex Regia Castellæ, vt constat *par. 5. tit. 14. l. 34.* vt ibi notat Gregor. quem refert,

fert, & sequitur Ant. de Padilla *in l. 2. C. de rescin. vendit. nume. 23. vers. probataque est hæc opinio*, & ideò non est dubitandum, quin prudentes, ac docti iudices sint secuturi eam sententiam, quæ verior est, & Reip. vtilior, cum præter ingentem nostrorum interpretum numerum, tantorum Principum iudicio firmetur, neglecta specie quadam æquitatis, quæ ad implendas crumenas aduocatorum magis, quam ad rescissionem transactionum iniustarum impetrandam idonea est.

Ex solutione trium annorum sibi cohærentiũ quemadmodum solutio facta tempore anteacto præsumatur ad l. quicunque, C. de apoc. publ. lib. 10. *Cap. XXII.*

1 Frequens est vsus *l. quicunque, C. de apoc. lib.* 10. cuius hæc verba sunt. *Quicumque de prouincialibus, & collatoribus decurso posthac quantolibet annorum numero, cum probatio aliqua ab eo tributariæ solutionis exposcitur, si trium sibi cohærentium annorum apocas, securitatesque protulerit, superiorum temporum apocas non cogatur ostendere, neque de præterito ad illationem functionis tributariæ coerceatur; nisi forte curialis, aut quæcumque appa itur, vel optio, vel actuarius, vel quilibet publici delicti exactor, siue compulsor possessorum, vel collatorum habuerit cautionem, aut id quod reposcit deberi sibi manifesta gestorum assertione patefecit.*

2 Agunt de huius legis dispositione Bart. Bald. Luc. de Penn. *in eius explicatione*, Ias. *in l. 1. a nume. 139. C. de iur. emphit.* Ant. Padil. *in l. 1. C. de fideicommis.* Ant. Gabr. *tit. de præsumpt. conclus.* 11. Mascard. *conclus.* 604. *a num.* 9. Iacob. Menoch. *lib. 3. præsumpt.* 139. Corbul. *de priuat. ob non solut. canon. ampliat.* 39. Missinger. *centur.* 5. *obseruat.* 39.

Ego ea exponam, quæ controuersa sunt, ac dilucidatione egere videntur, quod vt commodius faciam, prius rationem proponam, qua lex nititur, ex ea enim omnis futura disputatio pendet.

Ratio huius legis hæc mihi videtur euidens, ac planè manifesta. Comes sacrarum largitionũ, qui omni pecuniæ publicæ præerat, vt est in notitia vtriusque Imperij, in Prouincias mittebat Notarios, qui curarent, ne negligenter tributa, & alia, quæ per subditos in erarium, ficumve irrogabantur, exigerentur. Insuper cogebat exactores singulis quatuor mensibus ad ipsum breues, hoc est libros rationum mittere *l. 1. C. de offic. com. sacr. larg.* ex quibus cognosci statim poterat negligentia exactoris, cum in initio cuiuscumque indictionis describeretur, quid quisque locus Imperij fisco soluere debebat *l. 2. C. de indict. lib.* 10. *& Nouell.* 128. adeoque se uerè aduersus exactores procedebatur, vt si post aduentum diei per menses exactionem distulissent, compulsor mitteretur, qui non tantũ reliqua fiscalia exigebat, sed pro modo culpæ, mulctam a Præside, & officio eius, necnon ab exactore sumebat, vt est in constitutione Græca, quam refert Cuiac. *in fine tituli, C. de exact. tribut. lib.* 10. quæ in nouissimis editionibus Codicis Iustiniani inserta est in dicto tit. In quam rem etiam videatur *Nouell. Constit. Iustiniani* 128.

3 Propterea adeò diligentes erant huiusmodi exactores, vt fuerit necesse pluribus legibus latis eorũ diligentiam, æquitatis terminos excedentem, coercere. vide tex. *in l. 1. & 2. C. de exact. tribut. & in l. 1. C. de superexact. lib.* 10. *in l. placet, C. de excusat. mun. lib.* 10.

Iure igitur constitutum fuit eum, qui trium cohærentium annorum apocas, securitatesque protulerit, ratione temporis præteriti non posse molestari; plura enim hic concurrunt, quæ solutionem factam fuisse euincunt apertissimè.

Primò, quia non solebant exactores, nec possent tandiu exactionem differre.

Secundò, quod si exactor id fecisset, tamen compulsor, qui præstò aderat, statim ad solutionem negligentem debitorem coegisset.

Tertiò, quia si tempore congruo tributum non fuisset exactum, saltem in anterioris debiti solutionẽ id, quod debitor soluebat, exactor conuertisset, hoc enim expediebat exactori, & soluenti, quò enim magis solutio differebatur, vtriusq; culpa crescebat.

Insuper, cum potuisset debitor facilè a compulsorum molestia se liberare in antiquius debitum, id, quod soluebat imputando, non est credendum, eum pro præsentis debiti extinctione soluere voluisse, nam compulsores adeò male tractabant subditos, vt eorum vsus deletus fuerit. vide *Iustin. Nouell. Const.* 128. *vers. hoc quoque obseruari.*

4 Denique saltè ab exactore in apocis, debiti antiquioris non soluti mentio facta fuisset, cum enim posteriorum annorum solutio, & anteriorum arguat solutionem propter consuetudinem debitorum antiquiora debita prius extinguendi, non est credendum, sagaces exactores in conscribendis trium annorum sibi cohærentium apocis, adeò se imprudenter gessisse, ac contra consuetudinem aliorum, vt recentis debiti solutionem acciperent, nulla facta vetustioris debiti mentione; & ideò summa ratione constitutum fuit ex huiusmodi tribus apocis solutionem annorum præteritorum præsumendam esse: non rectè ergo Crauet. *consil. 313. num.* 1. scripsit, constitutionem hanc esse exorbitantem a regulis iuris, quod etiam placuit Vincentio Franco *decis. 137. nu.* 3. ea ratione motus, quòd non valeat consequentia, tribus annis soluit, ergo omnibus etiam annis anterioribus soluit; nam si veram huius legis rationẽ assecutus fuisset hm̃õi consequentiam non negauisset, nec alia pleraque circa hanc rem scripsisset contra iuris rationem, quæ in eo consilio leguntur, de quibus infra agemus.

5 His explicatis quæro, an receptissima DD. traditio sit retinenda, vt nempè dispositio huius textus habeat locum etiam in causis priuatorum, & quidem pro negatiua, maximè vrget alia nostrorũ DD. traditio, vt lex, etiam si fauorabilis sit, non possit trahi ad alium casum, qui similis videtur, nisi eadem prorsus ratio vigeat, ac ita fortis, vt viget in casu legis, quæ extenditur, neque enim tunc asserere nobis licet id, quod est dispositum in dicto casu, voluisse Principem etiam obseruari in eo, de quo agimus, vt docent Rol. a Valle *cons. 32. nu. 55. & 56. lib. 2.* Gabr. *cons. 14. num. 14. lib. 1. cons. 81. num. 61. lib. 2.* Io. Vincent. Honded. *cons. 1. nu. 26. & 27. lib. 1.* Surd. *de aliment. tit. 2. q. 1. nu. 15. in fine vers. præcipuè, & nu.* 16. post plurimos alios, quos congerunt. Negari enim non potest, longè maiorẽ esse

eſse in caſu expreſso *in d. l. quicunque*, quam in cauſis priuatorum decidendi rationem.

Hæc ratio etiam ſi plurimum vrgeat, non efficit tamen, vt diſcedam a receptiſſima traditione, vt ſcilicet diſpoſitio *d. l. quicumque* trahenda ſit ad cauſas priuatorum, ex eo motus, quòd conſuetudo generalis debitorum eſt prius debita vetuſtiora ſoluere, quam recentia, qua ratione receptum eſt, vt ſi quis pluribus ex cauſis ſit alicuius debitor, iſque aliquam pecuniæ quantitatem ſoluerit, non exprimendo, in quam cauſam ſoluerit, in dubio præſumatur pro extinctione antiquioris debiti ſoluiſse *l. 5. ff. de ſolut.*

7 Moris quoque eſt creditorum a debitoribus ſuis exigere, vt debita antiquiora diſsoluant prius, quã recentia, duplici ea cauſa; & primò, quia lapſus temporis non modica in propoſito incommoda creditoribus afferre ſolet, vt proſequitur Iacob. Menoch. *lib. 3. præſumpt.* 135. necnon Bertazzol. *conſ.* 118. *a num. 6. in ciuilibus.* Tiber. Decian. *conſ.* 54. *lib. 5.* & alij ab his relati; Secundo, quia non expedit creditoribus, debitores aſsueſcere tandiu ſolutionem æris alieni differre.

8 Quæ, cum ita ſe ſe habeant, negari non poteſt, ex eo, quod quis oſtendit poſterioris temporis ſolutiones, non leuem oriri coniecturam, in præteritũ quoque ſoluiſse: conſuetudo enim plurimam vim habet in actuum humanorum declaratione; nam ægrè, ac difficilè a more vſitato homines diſcedũt. vide Card. Mant. *lib. 6. tit. 9. de coniect. vlt. volunt.*

Veriſimile ergo eſt debitorem, ſi aduerſus aliorum conſuetudinem poſteriorum annorum ſolutionem accepiſset, omiſso debito vetuſtiori, ad tollendum omnem ſcrupulum huius rei mentionem facturum fuiſse in apoca; & licet accidere poſſit, vt per errorem ſemel, iterum, que hoc omittat, vix eſt tamen, vt tribus annis cohærentibus in hunc errorem inciderit creſcente mora, & negligentia debitoris, de quo non erat, vt amplius cõſideret; cum ergo adeò inueriſimile ſit, hoc per errorem factum fuiſse, vtique ſcienter, ac conſultò factum fuiſse dicere debemus; nam quod inueriſimile eſt falſitatis imaginem habet, vt poſt Bald. & Abb. docet Iaſ. *in l. ſi extraneus, num. 8 ff. de condit. cauſ. dat. non ſecut.* Dec. *conſ.* 94. *nume.* 2. *prope fin. conſ.* 644. *num.* 6. Grauet. *conſ.* 61. *num.* 9. Menoch. *de arbitr. iud. caſ.* 85. *num.* 1. cum alijs de quibus Surd. *conſ.* 13 *a num.* 21. Si conſultò fecit, ergo dicendum eſt, eum non eſse creditorem ex annorum anteriorum lapſu, quia alias fuiſset nimis negligens in ſuæ rei adminiſtratione, quod non præſumitur *l. cum de indebito, de probat.*

9 Itaque non eſt diſtinguendum, an debitum ſit reale, an perſonale, vt rectè docent Ant. de Padill. *in l.* 1. *nu.* 16. *C. de fideicom.* Menoch. *lib. 3. præſumpt.* 139. *num.* 27. reijcientes opinionem Baldi, qui *in d. l. quicumque*, ſcripſit *nu.* 8. illius diſpoſitiõnem habere locum in debito priuatorum reali, in perſonali verò nequaquam; nam ratio, qua hæc diſpoſitio nititur, vtrumque debitum continet; nec aduerſatur ratio, qua nititur Bal. quòd hæc præſtatio non eſt regularis illatio, ſed contingens, & reſpiciens grauamen perſonæ, non rei, quia hæc præſumptio non deſcendit, ex natura præſtationis, vt ſingulis annis fiat ſolutio, ſed ex alijs cauſis, quas explicaui, quæ ſine dubio verificantur etiam in caſu, quo debitum perſonale eſt.

10 Sed quid dicemus pro ſolutione argumenti pro contraria parte facti? ego puto, rem hanc rectiſſime poſſe explicari, animaduertẽdo legum aliquas iuſtas eſſe per ſe, alias verò ideò iuſtas eſſe, quia ſancitæ fuerunt.

Iuſtas per ſe voco illas, quæ etiamſi diſtitutæ ſint legiſlatoris auctoritate, tamen propter rationis vim, qua nituntur quemlibet ratiocinantem rectè conuincunt, quo caſu ad ius naturale referendæ ſunt, non autem ad ius poſitiuum.

Iuſtæ leges, quia ſancitæ, ſunt illæ, quæ licet aliqua probabili ratione nitantur, tamen ſi deſtituantur auctoritate legiſlatoris, in dubium reuocari poſſunt, quia non nituntur ratione conuincenti, ſed probabili tantum, quæ diſtinctio eſt deſumpta ex Ariſto. *lib. 5. Ethicor. c.* 7. & a plerìſque omnibus recepta.

11 Doctrina ex aduerſò allegata intelligi debet de legibus, quæ non ſunt iuſtæ per ſe, quia virtus earum pendet ex iuris naturalis principijs, ex quibus deducuntur, & ideò non eſt neceſſe ad eas firmandas Principis auctoritas, & per conſequens, cum de extenſione legum huiuſmodi agitur, nõ eſt quærendum de mente Principis, ſed de poteſtate principij naturalis, ex quò pendent, ſi enim ſub eo caſus de quo agitur cõtinetur, eadem deciſio erit adhibenda, etiam deficiente voluntate Principis rei natura ſic poſtulante, qua de cauſa hęc comprehenſio eſt, non extenſio.

Itaque huiuſmodi doctrina non pertinet *ad l. quicumque, C. de apoc. lib.* 10. quia, vt patet ex dictis, huiuſmodi lex eſt ex numero earum, quæ ſunt iuſtę per ſe, quilibet enim rectè ratiocinans, etiam legiſlatoris auctoritate deſtitutus, idem fieri debere cõcluderet, ſi caſus huiuſmodi ipſi proponeretur.

Circa eandem conſtitutionem aliæ occurrunt dubitationes, quas bene erit exponere.

Primò loco dubitatur, quid ſi apocæ non fuerint conſcriptæ, vel eas debitor amiſerit, an ſufficiat per teſtes probare tres ſolutiones continuatas, vt huius legis beneficio fruatur debitor, & negatiuè reſpondet Menoch. poſt alios, quos allegat *lib. 3. præſumpt.* 139. *nu.* 28.

12 Cõtrarium verius eſt, vt debitori ſcilicet, ſi apocæ amiſſæ fuerint, liceat earum tenorem per teſtes probare, & ſi non fuerint conſcriptæ ſufficiat per teſtes probare ſolutiones, dummodò concludẽter fuerit probatum, creditorem eas accepiſſe pro ſolutione anni, quo factæ fuerunt, & debiti alicuius vetuſtioris nullam mentionem factam fuiſſe; hoc enim probato, omnes coniecturæ ſupra conſideratæ militant, & propterea non eſt, cur in his caſibus iu, diuerſum ſtatuamus.

13 Non obſtant adducta in contrarium; reſpondeo enim, ſolitum tunc fuiſſe ab exactoribus ſecuritatis apocas fieri illis, qui ſoluebant, vt patet *ex l.* 1. *& C. de conuenien. fiſc. debit. lib.* 10. *& Nouell.* 128. *quæ inſcribitur de collatoribus*, idem colligitur ex textu l. noſtrę, & ideò apocas produci oportere, vt ſolutio in præteritum præſumatur, decernit Imperator habens reſpectum ad modum probationis conſuetum,

tum,quod facere solent legislatores,*l.nam ad ea,ff. de legib.*ideoq; apocas pro forma,cōditionaliterq; nō requirit, vt perperam scripsit Crau.cū præsum ptio non oriatur ex scriptura,sed ex receptione solutionis,vt declaraui nu.2.& 3.

24 Neque Crauettæ suffragatur, quod, dum dicit textus,*si trium annorum sibi cohærentium apocas securitatesque protulerit*, conditionaliter loqui videatur,natura enim illius dictionis,si,est conditionem designare,quia cum textus de apocis loquatur ratione frequentioris vsus, huic casui conuenit recepta traditio,quod quando legislator aliquid in vno casu particulari decidit ratione frequentioris vsus,non propterea excluduntur casus eandem rationem habentes, vt per Ias. *in l.a.ff.de vulg.& pupill. num.12.& 13.*

25 Secundò dubitatur,quid,si vltimus annus ex illis tribus, non sit connexus tempori,quo lis oritur, an hæc præsumptio locum habeat, verbi gratia, lis oritur anno 1617.debitorque exhibet apocas anni 1612.1613.& 1614.an tunc ad probandas præteriti temporis solutiones,hæ tres apocæ continuatæ sufficiant? Et pro negatiua contendunt Crauet.laté *consl.313.* Hieronym.Papon.*consl.65. quod est repetitum consl.139.lib.1.*& alij de quibus Franc.*decis.137.*

16 Pro affirmatiua verò stat Menoch.& auctores relati ab eo *lib.3.præsumpt.139.a nu.14.* D. Fach. *lib.13.controuers.c.89.* Myssinger. *obseru.39.nu.4. in fine.* Herculanus *de probanda negatiua, num.40. vers.item non requiro.*

Fundamentum primę opinionis cōsistit in verbis *d.l quicumque*, dum ait, *Si trium sibi cohærentium annorum apocas,securitatesque protulerit.* Ideò enim dixit *sibi cohærentium*, vt ostenderet, oportere, annos esse cōnexos cum tempore,quo lis oritur, vt exponit ibi gloss. cui addit Papon. rationem,quia alias frustra positum fuisset illud pronomen sibi, quia,ad denotandum huiusmodi annos connexos esse debere, sufficiebat dicere *trium annorum cohærentium.*

17 Secundò,cum appareat,hunc debitorem negligentem esse in soluendo,non est, cur præsumi debeat eum fuisse diligentem tempore pręterito,ergo hoc in casu cessat coniectura, quæ vrget in fauorem debitoris,cum non apparet,eum in soluendo debito fuisse negligentem,semel.n.malus, &c. ex parte etiam creditoris cessare videtur illa præsumptio, quòd diligens fuerit in exigendo ære sibi debito,quę oritur quando statim elapso termino anni immediatè sequētis post tres illas solutiones apparet, eum fuisse moræ impatiētem; hæc enim ratio cessat, quoties apparet solitum esse, eum expectare debitorem, eiusque moram patienter ferre, vt accidit in casu, de quo agimus.

18 Contrariæ opinionis, quæ verissima est,fundamentum consistit in verbis *d.l.quicumque*, ex aduersò allegatis;dum enim dicit.*Si sibi cohærentium annorum apocas securitatesque protulerit.* Satis euidenter hunc casum comprehendit; verum enim est tribus annis sibi cohærentibus, idest connexis, & continuatis eum soluisse; neque obstat expositio gloss. dum ait. sibi, idest præsenti conuentioni, nam est contra vsum sermonis latini,qui non patitur vt pronomen illud reciprocum *sibi*, referatur ad conuentionem, vel ad aliud,de quo mentio non fuit facta. Pronomina enim reciproca secundum Grammaticos non admittit latinus sermo,nisi aliquod pręcesserit nomen in eadem oratione, aut in altera iuncta per copulam ad quod referatur;itaq; cum de tempore pręsenti,vel de conuentione nulla fiat mētio in textu,glossę expositio admitti non potest.

19 Cui non suffragatur Hieronymi Papinij consideratio,quia verum est, satis fuisse dicere, *trium annorum cohærentium*. Sed non propterea superfluum est illud pronomē *sibi*, cum huiusmodi modus loquendi apud latinos frequentissimus sit, cuius rei exempla infinita sunt, quę referre pudet,cū res sit euidentissima; non omitto tamen, ad hanc rem pertinere id quod legitur *in l.7. C.de omn. agr. desert.lib.11.* dum ait, *sed in quantum fieri valet pro interiecto spatio sibimet cohærentes.*

20 Secundò nititur hæc opinio ex identitate rationis,illæ enim rationes, quibus hanc dispositionem niti ostendimus,ad hunc casum pertinent, vt facta diligenti disquisitione inuenies.

Cui fundamento non obstant, quæ pro rationis diuersitate afferuntur ex aduersò,quia illa petinēt ad ostendendum casum clariorem esse, cum nullum tempus intermedium est,non tamen probant rationem legis ad casum nostrum non posse trahi, vt facilè est intelligere ex illis quæ scripsi num. 2.& 3.

21 Nam quod dicitur eo casu quo apparet nunquam morosum fuisse debitorem, facilius pręsumendum esse,diligentem eum in soluendo tempore præterito fuisse, quàm quādo apparet aliquo tempore eū morosum fuisse, admitto hoc verum esse,nego tamen, ex hoc destrui præsumptionem solutionis otientem ex trium annorum cohærentium apocis, hæc enim non deducitur ex hac sola præsumptione, sed ex alijs,quæ explicaui num.2. & 3.quæ longè maioris momenti sunt.

22 Eodem etiam modo respondeo ad id, quòd dicebatur facilius præsumendum esse solutionem, cum apparet creditorem non esse solitum patientem esse in expectādis solutionibus debitoris morosi,quam cum id apparet; nam & hoc casu fateor facilius præsumi solutionē, nego tamen hinc quicquam sequi contra nos, cum ad præsumendam solutionē in casu nostro persuadeamur ex alijs multis,quæ commemoraui nu.2. cum seqq. quę sola sufficiunt ad solutionem pręsumendam.

23 Nec te deterreant DD.allegati,nam Alex.Ias. Cremonen.a Crauetta allegati sine examine id dicunt,sicut & alij ferè omnes adducti, quorum auctoritas propterea non multi facienda est in proposito, cum pro nostra opinione stet moderni Patii,& Ant.Padilla, Menoch. & D.Fachineus,qui negotio discusso diligenter hanc opinionē tenent. Nec vrgeas auctoritatem Excelsi Consilij Neapolitani, nam summum illud Consilium ad ita decidendum non fuit motum ex dicta opinione,sed ex circumstantijs casus, de quo agebat, vt testatur Franc. *in d.decis.137.num.4.* quæ valdè vrgentes erant contra debitorem, vt patet ex traditis ibi *nu.2. vers. idem & tantò magis.*

Pp Ter-

24 Tertiò dubitatur, an huius legis diſpoſitioni locus ſit, quoties is, qui apocas conſcripſit, ſucceſſit alteri, vel in officio, vel in hæreditate, vel quando proprio nomine rem non gerebat, ſed tanquàm procurator; quę dubitatio ab aliquo ex noſtris, quē ego viderim, excitatam non legi. Eius autem deciſionem ex eo pendere exiſtimo, an is notitiam habuerit debiti vetuſtioris. Si enim ponamus eum debitum ignoraniſſe, procul dubio non erit locus huic præſumptioni, cū potiſſimum nitatur eo fundamento, quòd creditor non fuiſſet paſſus prius recens debitum extingui, quam vetus, vel ſaltem vetuſtioris debiti mentionem feciſſet.

25 Si verò notitiā habuiſſe debiti vetuſtioris ponamus, tunc nō puto referre, an ſucceſſor ſit alterius, vel procurator, in eo enim rationes ſuprà conſideratæ locum ſibi vindicant.

26 Quinta dubitatio eſt, ſi duas tantum apocas oſtenderit debitor, quid hoc caſu dicendum ſit? cumque hæc lex exigat tres apocas, regula conſtitui debet, huiuſmodi apocas nō ſufficere ad probandam ſolutionem omnium annorum præteritorum.

27 Puto tamen, quod ſi creditor mercator ſit, aut paterfamilias prudens, & ſagax, nec aliquam particularem cauſam afferat, cur, cum ſciret annis retrò lapſis non ſolutiſe, apocas tamen illorum duorum annorum conſcripſerit, non facta mentione debiti vetuſtioris, iuramentumque in ſupplementum dandum eſſe ei, reor, qui apocas exhibet, iuxta tradita per DD. *in l. admonendi, ff. de iur. iur.*

28 Fundamentum huius opinionis in eo conſiſtit, quod nimis alienum eſt a conſuetudine mercatorū ſecuritates debitoribus annuis, anni proximè præteriti facere, cum pro annis retrò lapſis debitores ſunt, nulla facta vetuſtioris debiti mentione; & ideò vrgens eſt coniectura contra ſcribentem, quæ cum ex vſu, & experientia deducta ſit, plurimi æſtimari debet; experientia enim rerum magiſtra eſt *c. 6. in princ. de elect. lib. 6.* illud enim inſpici debet, quod fieri ſolet, vt not. DD. *in l. vt liberis, C. de collat.* vbi Iaſ. *num. 7. & 8. & ſeq.* Dec. *num. 9.* Tib. Decian. *conſ. 54. nu. 7. lib. 5.* non enim præſumitur factum, quod non eſt conſuetum. Alex. *conſ. 27. nume. 5. in fine lib.* 2. cum alijs in eandem ſententiam cumulatis per Crau. *in conſ. pro genero num. 3 2 2.*

29 Quæ opinio ſine hæſitatione admittenda erit, ſi alia concurrant adminicula, veluti quia creditor pauper ſit, debitorque diues, vel ſolitus debita ſua ſine mora ſoluere; hæc enim rem clariorem pro debitore faciunt.

30 Si verò non ſit mercator, vel homo ſagax is, qui ſcripſit, aliud dicendum puto, niſi alia adminicula concurrant, puta quia creditor ſit ſolitus diligenter exigere, vel quia pecuniæ egens fuerit debitore exiſtente facili ad ſoluendum: hæc enim in propoſito multi æſtimari ſolent. vide Bertazzol. *conſ. ciuil.* 118. *a num.* 13. Menoch. *lib. 3. præſumpt.* 135. *num.* 14. Tib. Decian. *conſ. 54. nu. 10. verſ. 5. & nume. 11. lib. 5.*

31 Sextò dubitatur, quid ſi debitor non ſoluerit tribus annis proximis, ſed pecuniam depoſuerit, vel fideiuſſorem dederit, vel nouam fecerit obligationem, numquid idem ſit dicendum?

In primis conſtituo concluſionem, quæ vt mihi videtur, certa eſt: ex actu ſolius debitoris conſenſu, & voluntate facti non poteſt deduci præſumptio, de qua agitur. Ratio eſt euidens, quia hæc pręſumptio ex perſona potiſſimum creditoris deducitur, vt patet ex dictis num. 2. cum ſeqq. ergo factum ſolius debitoris eam inducere nequit: ex quo ſequitur veriſſimum eſſe, & omni dubitatione carere, quod ſcripſit Crau. *conſ. 3 13.* quem probauit Menoch. *d. præſumpt. 139. num. 30. lib. 3.* ex eo ſcilicet, quod debitor pecunias tribus annis continuis, recuſante creditore eas accipere depoſuerit, non induci præſumptionem, de qua agimus; contradictio enim debitoris fundamentum deſtruit, quo hæc præſumptio nititur.

32 Quæ tamen opinio declaranda eſt, vt non procedat, ſi poſtea creditor pecunias acceperit, apocaſque pro ſolutione debiti ex lapſu dd. annorum contracti ſcripſerit; cum enim tunc res non ex æquo, & bono, ſed ſtricto iure geratur, veriſimile eſt, quòd ſi ille pro vetuſtiori tempore creditor fuiſſet, pro recenti debito pecunias non accepiſſet, vel ſaltem debiti mentionem feciſſet.

33 Secūda concluſio, ex depoſito, vel ex noua obligatione facta cum conſenſu creditoris tribus annis cohærentibus, eadem oritur præſumptio, quæ ex ſolutione, quia vrget eadem, vel maior ratio, quam in ſolutione militet.

Si enim ponimus depoſitum factum fuiſſe ex voluntate creditoris a debitore, vtique hæc res loco ſolutionis eſt, & per conſequens omnes coniecturas admittit, quæ ſuprà deductæ fuerunt, atque ita reſpondet Dec. *conſ. 650. num.* 16. cui fruſtra contradicit Menoch. *lib. 3. præſumpt. 139. num. 22.* ex traditis per Crau. *conſ. 3 13. num. 5.* quod ſcilicet pro forma lex noſtra exigat ſolutionem; hæc enim Crauettæ opinio falſa eſt, vt oſtendi nu. 11. & 12.

34 Si verò nouam obligationem contractam fuiſſe ponimus, tunc multò magis idem dicendum eſt, quia tunc manifeſtè apparet, creditorem prima obligatione non fuiſſe contentum, itaque præter coniecturas ſupra enumeratas hæc accedit, quod creditor, qui voluit noua obligatione confirmari recens debitum, multò magis id fieri voluiſſet reſpectu debiti vetuſtioris.

35 Septima dubitatio eſt, an creditor negatiuam probare poſſit, debitorem non ſoluiſſe, & reſpondendum eſt affirmatiuè, diſertè enim id habetur in textu *l. quicumque, C. de apoc. lib.* 10. ratioque manifeſta id conuincit, quia hæc ſolutio non ex euidentia rei, ſed ex præſumptione deducitur, quæ cum nos fallere poſſit, iuris ratio poſtulat, vt poſſit creditor contrarium probare.

36 Nota autem, clariores debere eſſe huiuſmodi probationes, quò magis vrgent circumſtantiæ caſus, de quo agitur pro ſolutione, & ideò ſi nos verſaremur in terminis expreſſis *in d. l. quicumque*, quia tunc plura adſunt, quæ vrgentiſſimè ſuadent nos ad credendum, ſolutionem factam fuiſſe, tunc manifeſta geſtorum aſſertione opus erit contrarium probare, vt dicitur *in d. l. quicumque*, ſi modò eadem diligentia in exigendo obſeruetur, quæ olim adhibebatur, ſecūdum ea quæ ſupra expoſui.

37 An autem ex eo, quod in libris debitoris, in quibus

bus solet solutiones omnes adnotare, non reperiantur solutiones, de quibus agitur, negatiua sufficienter probata dicatur videamus, & nostri negatiuè respondent, vt patet ex Menoch. *nu.* 18. 20. & 21. & ratio est manifesta, quia plus vrgent coniecturę, quæ stant pro solutione, vt facilè intelliges, si eas insimul conferes.

38 Hæc tamen coniectura, si aliquibus alijs adminiculis fulciatur, interdum reddet rem dubiam, veluti si in libris debitoris, in quibus solet omnia adnotare, præcipuè verò pecuniam, quam debitoribus soluit, de his solutionibus nulla mentio sit, idem erit admittendum, si aliqua causa colorata allegetur. propter quam tres apocas conscripserit pro debito recenti nulla facta mentione debiti vetustioris, idem est si debitor vir sit insignis probitatis, paratusque iurare se non habuisse pecunias. vide Agell. *lib.* 14. *c.* 2. Seraph. *de priuil. iuram. priuil.* 40. *num.* 8.

39 Ex eo tamen, quod debitor aliquas affert apocas pro eo tempore, de quo disputatur, ne putes vim d. præsumptionis diminui; licet id sentire videatur Crauet. *conf.* 313. *num.* 5. *vers.* 9. non rectè enim ait Crauet. sicut debitor apocas, quas exhibet conseruauit, ita & alias conseruauisset, si illas habuisset, quia hanc consequentiam redarguit rerum experientia; videmus enim eos, qui multas habent penes se negotiorum gestorum scripturas, nisi eas diligenter custodiant, pleraque amittere, & aliquas conseruare, prout casus tulerit.

40 Non obstat, quod sicut præsumptio solemnitatis extrinsecæ cessat, quoties instrumentum contractus adfertur, in quo non legitur fuisse huiusmodi solemnitatem adhibitam, ita debet cessare præsumptio nostræ legis, quoties ex aliquarum apocarum exhibitione constat, alias non fuisse conscriptas; nam diuersa ratio est inter hos casus; cum enim in instrumentis omnes solemnitates adhibitæ explicentur, de illa quoque mentio facta fuisset, de qua quæritur si adhibita fuisset. At in casu nostro non ita res se habet, quia apocæ diuersis temporibus fiunt, & separatim.

Res empta ex pretio rei fideicommissariæ, an in restitutione veniat ad l. Imperator 70. §. fi. ff. de leg. 2. *Cap. XXIII.*

1 AN res empta ex pretio rei fideicommissariæ veniat in restitutione fideicommissi, non conueniunt DD. consule interpretes *l. Imperator*, §. *fi. ff. de leg.* 2. *l. sed & si lege*, §. 1. *de pet. hæred.* Ias. *conf.* 231. *num.* 2. *lib.* 2. Cur. iun. *conf.* 192. *num.* 97. *vers. circa vltimum*, *num.* 98. & 99. *lib.* 3. Tiraqu. *de retract. lignagier*, §. 32. *glos. vnica*, *num.* 27. Decian. *conf.* 27. *num.* 1, *lib.* 1. Menoch. *conf.* 213. *num.* 64. *in* 3. Mantica *de coniectur. lib.* 7. *tit.* 8. *num.* 26. Surd. *decis.* 15. Lud. Morot. *conf.* 20. *nu.* 8. *lib.* 1. Peregr. *de fideicomm. art.* 39. *num.* 12. & *art.* 44. *num.* 29. *ad finem, versic.* & *in hærede*. Cuiac. *lib.* 8. *respons.* Pupin. *ad l.* 71. *ff. de leg.* 2. P. Barbos. *ad rub. ff. sol. matrim. p.* 3. *nu.* 73. & 74.

2 Affirmantis sententiæ fundamentum pendet *ex l. Imperator* 70. §. *final.* & *ex duabus legibus sequentibus, ff. de leg.* 2. & *ex regul. l. item si rem*, & *pretium*, *ff. de pet. hæred.* Negantis autem opinionis assertores mouentur ex *l. sed & si lege*, §. 1. *de pet. hæred.*

3 Neganti sententiæ, vt adhæream, facit iuris ratio; cum enim pro regula traditū sit, id, quod emitur ex pecunia aliena, emptori acquiri, *l.* 1. & 8. *C. si quis alteri, vel sibi*, *l. si de tuo*, *C. de donatiõ. inter vir.* & *vxor. l.* 4. *C. com. vtriusque iud. l. ad probationem ad finem*, *C. de probat.* sequitur id, quod ex pretio rei fideicõmissariæ emitur, eius heri, qui emit, & per consequens res eiusmodi pretio empta non potest venire in restitutione fideicommissi, de quo agimus, quia in ipsa id solum venit, quod in hæreditate testatoris fuit.

4 Et hoc est illud, quod significat I. C. *in l. sed & si lege*, §. 1. *ff. de petit. hæred.* dum inquit, *Item si rem distraxit*, & *ex pretio aliam rem comparauit, veniet pretium in petitione hæreditatis, non res, quam in patrimonium suum conuertit*.

Huius tex. vim, vt euitaret P. Barbos. *loco allegato*, *num.* 74. dixit hoc spetialiter ibi fuisse receptum in fauorem bonæ fidei possessoris, sed frustra, quia ius bonæ fidei possessoris petitione hæreditatis conuenti in eo solum consistit, vt non teneatur restituere, nisi quatenus in ipsius patrimonium res hæreditariæ fuerunt conuersæ, vt in eadem lege habetur §. *consuluit, cum* §§. *sequentibus*, & proinde hoc non potest esse satis, vt ei liceat rem hæreditariam oblato pretio retinere, quia toto cœlo distant, rem alienam inuito domino retinere, & de proprij patrimonij conseruatione tractare.

5 Hucque spectat *l. si rem*, & *pretium* 25. *in fin. de pet. hæred.* dum ait tractans de bonæ fidei possessore. *Oportet igitur possessorem*, & *rem restituere petitori*, & *quod ex venditione eius rei lucratus est*.

6 Nec suffragatur Barbosæ eum, de quo agimus, non teneri restituere integrum pretium rei hæreditariæ distractæ, sed id, quod res ab eo empta valet, quia hoc ex eo pendet, quia alias teneretur restituere plus quam in eius patrimonium conuersū fuit, hocque significat apertè I. C. dum ait, *Sed si res minoris valet, quam comparata est, eatenus locupletior factus videbitur, quatenus res valet, quemadmodum si consumpsisset in totum, locupletior factus non videretur.*

7 Fundamentum aduersæ sententię deductum ex *d. l. Imperator*, §. *fi. ff. de leg.* 2. vt dissoluere valeam, meminisse oportet, eum, qui rogatus fuit, quod superesset ex hæreditate restituere, potuisse res hæreditarias alienare, si modò bona fide id fecisset, *l. Titius* 54. *ff. ad S. C. Trebell.* bona autem fides in eo consistit, vt animo interuertendi fideicommissi nõ alienet, & vt sumptus, quos ex patrimonio proprio facere debet, ex fideicommissarijs rebus non faceret, vt eo loci I. C. exponit non obscurè.

Vbicunque ergo agimus de hærede grauato restituere, quod superesset, alienante rem hæreditariā, & ex pretio aliam rem emente, alterum dicendum est, vel eum eo animo fuisse, vt res empta locum distractæ subiret, vel mala fide alienauisse. Si enim eo animo alienauit, vt rem ex pretio emptam in proprium conuerteret patrimonium, non possumus negare, animo interuertendi fideicommissi alienauisse, quia interuertere fideicommissum ni-

hil aliud eſt, quam ſic ſe gerere, vt id quod ex hæreditate commodè poteſt ſupereſse, ex ea dematur.

8 Ad dices eum alienauiſse, quia vtilius eſse exiſtimabat rem diſtrahere, aliamque comparare. Nihil agis, aut enim vtilitatem fideicōmiſſi habuit ante oculos, aut propriam, ſi propriam vtilitatem reſpexit, cum euerſione fideicommiſſi, bonam fidem abeſse nō poteſt quiſpiam inficiari, & proindè dū dicis eū alienauiſse, quia vtilius eſse exiſtimabat rē diſtrahere, & aliam comparare, non potes effugere malam fidem, niſi admittas eum voluiſse ſubrogare rem emptam in locum diſtractæ, quia ſi eam voluit in proprium conuertere patrimonium, euidens eſt, eum voluiſse cum euerſione fideicommiſſi ſuam augere ſubſtantiam.

9 Ex his patet, cur emptum ex pretio rei diſtractæ ab hærede rogato reſtituere, quod ſupererit, veniat in reſtitutione, quia credimus hæredē ſubrogauiſse rem emptam in locum diſtractæ, hoc, inquam, credimus ad euitādam malæ fidei ſuſpicionem, vbicunque enim alia poteſt capi coniectura, dolus frausq. nunquā pręſumitur, *l. merito. ff. pro ſoc.*

Et hoc eſt, quod ſignificat I. C. dum *in l. immediate ſequente d. §. final.* inquit, *ſed quod inde comparatum eſt, vice permutati dominij reſtituetur*, neque enim permutationis ſpecies hac in re vlla apparere poteſt, ſi I. C. ſupponeret hæredē ea mente fuiſſe, vt rem emptā in ſuum conuerteret patrimoniū.

10 Non poteſt igitur ex eo, quod de huiuſmodi hærede *in d. §. vltimo*, deciditur colligi, indiſtinctè verum eſſe rem emptam ex pretio rei fideicommiſſariæ alienatæ in reſtitutione venire, quia inter eum, & cæteros magnum eſt diſcrimen. Aut enim dicimus cæteros hæredes rogatos reſtituere, dum rem fideicommiſſariam alienant habere notitiam fideicommiſſi, aut ignorare.

Si ignorant fideicommiſſum, nulla vtique cauſa exiſtit, cur credamus eos habuiſse animū ſubijciendi rem emptam fideicommiſſo, quod non extare exiſtimabant.

Si verò notitiam fideicommiſſi habebant, aut bona fide alienant, aut mala fide. Bona fide alienatio fit, ſi hæres rem pro detractionibus capiat, vel alienet eo caſu, qui ſibi a teſtatore, vel a lege permiſſus eſt. Mala autem fide fit, cum alienatur res, quam ſe alienare non poſse credit.

11 Cū bona fide fit alienatio, non eſt cur credamus eum voluiſse rem emptam ex pretio rei fideicommiſſariæ ſubrogare in locum eius, quæ diſtracta fuit, quia credit iure ſe diminuere fideicommiſſū; ſi verò mala fide id facit, non eſt, cur præſumamus bonam mentem, quia in claris non eſt opus coniecturis, & regula iuris docet, eum, qui ſemel malus eſt, exiſtimari debere malum in eodem genere mali, *c. ſemel malus, de reg. iur. lib. 6.*

12 Aggrediamur nunc ſecundum partis aduerſæ fundamentum deductum ex regula *l. item ſi rem, & pretium, de pet. hæred.* quod nempè pretium ſuccedat loco rei.

Circa hoc fundamentum animaduertere debemus, hac in re differentiam conſtitui inter iudicia particularia, & vniuerſalia, quicquid enim ſit in vniuerſalibus, in iudicijs particularibus conſtat pretium non ſuccedere loco rei, vt ibi Bart. declarat *num. 1.* & cæteri interpretes, idem Bart. *in rub. ff. ſol. matr. num.* 20. & ibi Crot. *nu.* 72. Nicontius *a num.* 210. Bologn. *num.* 203. P. Barbot. *nu.* 73. & 74. Iaſ. *in l. ſi eum ſeruum, num. 4. ff. ſi certum petatur.* Et de rei vindicatione habemus tex. *in l. 6. C. de rei vind.* De hypothecaria verò eſt tex. *in l. 7. in fine, ff. qui pot. in l. 3. C. in quib. cauſis pign. vel hypoth. ſ. t. cont.* tradunt DD. *in l. 1. ff. de diſtr. ict. pign.* & alij, de quibus Gabr. *conſ. 37. num. 2. lib. 1.*

Et ideò DD. vtentes huiuſmodi regula in quæſtione noſtra intelligendi ſunt, cum fideicommiſſarius vtitur iudicio vniuerſali, & ideò non erant allegandi, cum poſſeſſor rei emptæ ex pretio rei fideicommiſſariæ actione particulari veluti vti Saluiano, conuenitur, dicta enim DD. ſecundum leges quas allegant ſunt intelligenda.

13 Non erunt etiam allegandi, cum fideicommiſſarius vtitur remedio *l. fin. C. de edict. D. Adr. tollen.* quia non competit, niſi pro rebus, quæ mortis tempore teſtatoris fuerunt, & ideò non poteſt pertinere ad id, quod emptū fuit ex pretio rei fideicōmiſſarię, quia in eius dñio, aut hęreditate nunquā fuit.

14 His præmiſſis dico, aliud eſſe quærere, an pretium ſuccedat loco rei venditæ, &, an res empta ſuccedat loco pretij, quod enim pretium ſuccedat loco rei ex eo venit, quod ex re ipſa conflatum ſit, vt docet tex. *in d. l. item ſi rem, & pretium, in fine,* dum ait, *quia poteſt exiſtimari in locum hæreditariæ rei venditæ pretium eius ſucceſſiſſe, & quodammodo ipſum hæreditarium factum*, neque enim ipſi pretio rē huiuſmodi acceptam ferre debemus, ſed contractui, per quem diſtracta fuit, in poteſtate enim eius erat aliunde venditori ſatisfacere.

15 Huc ſpectat *l. item veniunt 22. in princ. verſ. denique, ff. de pet. hæred.* dum tractans de poſſeſſore hæreditatis ex re hęreditaria aliquid emente, ait, *quod ſi poſſeſſor ſui cauſa aliquid emerit ex pecunia hæreditaria, illud non venire in petitione hæreditatis, ſed ab eo pecuniam eſſe petendam*, cuius tex. auctoritate gloſſ. ibi in verbo Dubio, docet id, quod emptum fuit ex pecunia hæreditaria nomine proprio non venire in petitionem hæreditatis, cum qua plerique concordant, de quibus Card. Mantica *de coniectur. lib. 7. tit. 8. num. 24. verſ. vnde ego.* Peregr. *de fideicommiſſ. art. 44. nu. 28.* Lud. Morot. *conſ. 37.* Surd. *deciſ. 15. num. 6. verſ. tertio, & num. 7.* Cuiac. *lib. 8. reſponſ. Pap. ad l. 71. ff. de leg. 2.* eandem ſententiam probauit ampliſſima Rota Romana *in Romana de Iacobillis 14. Ianuarij* 1600. *coram Litta.*

16 Hancque differentiam apertè conſtituit tex. *in allegata l. ſed & ſi lege, §. 1. de pet. hæred.* dum clarè decidit in petitione hæreditatis, pretium quidem rei hæreditariæ venire; rem autem ex eo emptam non venire.

17 Non omitto autem hodie ex conſtitutione Iuſtin. *in l. fin. §. 2. C. cum delegat.* alienationem rei reſtitutioni obnoxiæ eſſe omnino nullam, ſiue reſtitutio purè, ſiue in diē, ſiue ſub cōditione fieri debeat, & proinde extante re fideicommiſſaria eidē oneri obnoxia, durum nimis videtur aduerſus claras iuris regulas, moleſtiam inferri poſſeſſori rei emptæ ex pretio rei fideicommiſſariæ, neque enim a regulis iuris abſque euidenti vtilitate recedimus *l. 4. ff. de conſtitut. Princip.* atque ita ſentio.

Roga-

Rogatus restituere quod ei supererit, quemadmodum rec in fideicommisso contentac alienare possit ad l. Titius 54. ad Trebell. ad Auth. contra rogatus, C.eod.tit. *Cap. XXIV.*

1 CVm quis rogatuc restituere, quod ei supererit tempore mortis suæ, quemadmodum se gerere debeat, explicat Pap. *in l. Titiuc 54. ff. ad S.C. Trebell.* dum ait.

Titiuc rogatus est, quod ex hæreditate superesset Mæuio restituere, quod medio tempore alienatum, vel diminutum est, id quandoque peti non poterit, si non interuertendi fideicommissi gratia tale aliquid factum probetur; Verbis enim fideicommissi bonam fidem inesse constat.

2 Cuniautem hæc Papiniani decisio obscuca Iustiniano videretuc, nouam circa hanc rem edidit constitutionem, quæ est Nouella de restitut. 108. vbi ex translatione vulgata habentur hæc verba.

Sancimus vsque ad Falcidiam solum suæ institutionic necessitatem habere seruare eum, qui onratus est fideicommissi restitutione, & non posse penituc ex illa minuere insficienc existenc, sed hæredi supersint quidem tres partec, illi autem quartæ solius relinquatur ratio. Non enim concedimuc ei, qui grauatuc est, donationibuc vti aliquibuc, & forsan ex studio, quid Papinianuc dicebat, interuertendi fideicommissi causa, vt etiã minuatur quarta institutionic eius, sed hoc omninò relinquere fideicommissum, alijc omnibuc in eius positis potestate, & licentiam habere, hic sicut voluerit vti, quemadmodum perfectic dominic competit.

3 Dubitatur an hac constitutione libera fuerit concessa potestas grauato alienandi tres huiusmodi partes, ita vt non sit quærendum, an ex causa euertendi fideicommissi alienauerit.

Huiusmodique potestatem ei fuisse concessam scribit Bact. *in l. Imperator, §.fin. de legat. 2.* & sequuntur alij, de quib. Soc.sen. *cons. 123. lib. 3.* Alciat. *cons. 173. lib. 9.* Peregr. *de fideicom. art. 40. nu. 4. & 43.* vbi eandem sententiam probat.

4 Contrariam sententiam sequuntur Imol. *in l. penult. ad Trebell.* Ruin. *cons. 109. num. 11. & cons. 112. num. 9.* vbi in eandem sententiam allegat Castr. & Cum. & Alex. *lib. 1.* idem Ruin. *cons. 121. num. 11. & cons. 163. num. 1. vers. sed præmissic, & nu. 2. lib. 3.* Corn. *cons. 140. lib. 2.*

5 Pcimæ sententiæ fauent verba constitutionis, quæ amplissima sunt, cum concedant grauato ius his tribus partibus vtendi, sicut voluerit, quemadmodum si perfectus dominus esset. Secundæ autem opinioni æquitas suffragatur, æquo enim & bono refragatur, vt liceat animo euertendi fideicommissi alienare.

6 Et hæc posterior sententia mihi placet, vtque intelligamus eam esse verissimam, & in iudicando retinendam, præmitto æquo, & bono non cõuenire, vt liceat grauato spernere voluntatem defuncti legitimè de rebus suis testantis; qua de causa Iustin. qui æquitatem solet ante oculos habere, vbique profitetuc securare, vt volũtas morientiũ obseruetur *l. ambiguitates 24. in fin. & seq. C. de testam. l. 7. in fin. C. de instit. & substit. l. 4. vers. nobis itaque, C. de necess. seru. hæred. inst. l. vnica, C. de his quæ pœna nom. l. fin. in princ. C. de fideicom. l. 1. vers. si enim, & l. seq. ver. & nemo, C. com. de leg. & in l. seq. prope finem, in l. penult. in fin, C. ad legem. Falcid.* vt non immeritò idẽ Imperatoc in Auth. *de hæred. & Falcid. §. hinc nobis, in principio*, professus fuerit suam hanc curam peculiarem esse, morientium voluntates tutaci, cum inquit. *Quoniam tuendu est nobis vbique deficientium voluntac.* Idem legituc in Auth. *de iureiurando a morient. præst.* in illis verbis. *Semper hanc vnam habemuc intentionem dispositiones morientium esse firmac.*

7 Secundò præmitto bonam fidem in proposita dubitatione in hoc cõsistere, vt grauatus non alienet, nisi in casibus a testatoce sibi permissis; neque enim dubitaci potest, eum, qui contra mentem testatoris alienat, mala fide alienare.

8 His præmissis, alterum nos fateri oportet; vel Iustinianum voluisse fideicommissarium inquirere, an hæres mala fide has tres quartas partes alienauerit; vel eum permisisse grauato res restitutioni obnoxias contra voluntatem testatoris distrahere: si enim noluit fideicommissarium inquirere caussam, ob quam grauatus alienauit, voluit vtique alienationem tenere, etiamsi facta fuerit in casu a testatore non permisso; nisi enim hæc indagatio fiat, scire nemo potest, an alienatio facta fuerit aduersus voluntatem testatoris. Cum autem æquo, & bono, & instituto Iustiniani aduersetur permittere alienari res, de quibus agimus, aduersus mentem testatoris, non debemus admittere hoc ab ipso fuisse constitutum; in omnibus enim, sed præcipue in iure æquitatis ratio habetuc *l. 1. de inst. & iur. l. placuit, C. de iudic.*

9 Huic fundamento hoc vnum respõderi potest; testatorem, qui iura scire creditur *l. leges sacratissimæ, C. de legib.* præsumi se conformari cum legis dispositione, vt not. Bact. *in l. hæredes mei, §. cum ita, in princ. ff. ad Trebell.* & sequuntur alij passim, & ideò non fieri contra testatoris voluntatem ab hærede, qui liberè alienat tres partes eius, quod fuit rogatus restituere; dum enim testator ea formula fideicommissi vtitur, quam scit ex lege Iustiniani liberam tribuere alienandi potestatem, non obscure huiusmodi alienationi consentit.

10 Huius responsionis imbecillitatem vt detegamus, ad memoriam reuoco, Iustinianum hãc constitutionem mandauisse obseruari etiam respectu testamentorum, quæ tunc temporis condita, & morte testatoris fuerant confirmata, dummodò hæres grauatus superesset, vt in calce constitutionis verf. hæc igituc: & ideò idẽ ius obseruari voluit in huiusmodi testamentis, & in ijs, quæ in posterum condenda erant; cum itaque respectu testamentorum tũc temporis morte testatoris confirmatorum, huiusmodi ratio non subsistat, certè Iustinianus ad eam non respexit, quia non posset ab iniquitate, quò ad testamenta morte testatoris tunc confirmata, excusari constitutio; neque enim testatores huiusmodi diuinare potuerũt, quid circa hanc rẽ Imperator esset constituturus. Hucque pertinent verba constitutionis in fine, dum inquit. *Tua igitur gloria omnibuc hæc manifesta faciat nostric subditis, vt sciant quemadmodum competat, & vi-*

uere eos, & mori, & fideicommissa relinquere, & alia agere, quæ in talibus sunt sancita.

11 Ad ea, quæ in contrarium afferuntur, vt clarè respondere valeamus, animaduertendum est, duas circa hanc rẽ oriri quæstiones. Prima, an mala fide alienare grauatus possit. Secunda, quemadmodum bona fides in hac re sit consideranda. Primã quæstionem extra dubitationem esse scribit Papinianus *in d. l. Titius*, dum ait. *Verbis enim fideicommissi bonam fidem inesse constat.* Altera verò quæstio, an bona fide alienatio fuerit facta, in obscuro posita est; cum enim ex circumstantijs pendeat, & ex animo alienantis, clara, ac certa definitione via potest terminari.

12 His præcognitis, dico Iustinianum in sua constitutione id voluisse determinare, quid Papinianus in obscuro reliquerat; inquit enim. *Nouimus enim apud Papinianum sapientissimum dictum in xij. eius quæstionum, vbi permittitur alienationes in tali casu: illud solum, velut ex studio in ænigmate proponens, vt tunc oporteret concedi alienationes, cum ad soluendum fideicommissum ex studio, qui hoc oneratus est venit.*

13 Itaque nõ terminauit Imperator quidquã circa facultatem alienandi cum mala fide, quia iniustè accusaretur Papinianus, quòd obscurus fuerit; sed declarauit id, quod Papinianus certa regula, iuris ratione sic suadente, non definiuerat, quomodo scilicet constare possit bona fide grauatum alienauisse.

14 Distinguit autem Imperator id, quod hæres rogatus fuerit restituere in quatuor partes, quartamque partem restitui omninò fideicommissario iubet, reliquis autem tribus partibus permittit grauato sicut voluerit vti, æquè, ac si perfectus dominus esset. Enumerat tamen Imper. nonnullas causas, ex quibus ei licet etiã alienare huiusmodi partem; declarando tamen, quod vbicunque alienatio fit ex aliqua ex dictis causis, oportet constare huius
15 modi causam adfuisse, *vt in vers. si verò*, quod est conforme iuris rationi docenti, eum, qui se fundat in dispositione qualificata, debere in primis docere de existentia qualitatum requisitarum *l. prima, §. quod autẽ ait Prætor*, & ibi Bart. *ff. ne quid in flum. publ.* Bar. *in l. in casib.* & ibi Bald. *C. de accusat.* cũ alijs de quibus Tiraq. *de retract. consang. §. 8. glos. 7. num. 1.* Crauet. *in resp. pro Genero num. 31.* Rolan. *cons. 67. num. 26. lib. 2.* Becc. *cons. 53. num. 8.* Surd. *cons. 148. num. 19. lib. 2.*

16 Differentia ergo, quam Imper. constituit inter hanc quartam partem, & reliquas tres quartas partes, in hoc consistit; quod cum hæres alienauit huiusmodi tres quartas partes, non tenetur probare causam, ex qua alienauit; dum verò de hac parte disponit, omninò debet in apertum deducere causam, ob quam id fecit. Et hoc est illud, quod significant illa verba. *Alijs omnibus in eius positis potestate, & licentiam habere eum his, sicut voluerit, vti; quemadmodum perfectis dominus competit.* Nam hoc est proprium ius eius, qui dominus est, vt non exigatur ratio, cur res suas alienet, & hac ratione apertè declaratur id, quod Imperator dixerat, Papinianum velut in ænigmate proposuisse; cum enim Papinianus non aliter consistere alienationem putaret, quam si grauatus probauerit, se non alienauisse animo interuertendi fideicommissi, *vt in d. l. Titius, in principio*; incertum erat quando alienatio consisteret, quod ex constitutione Iustiniani factũ est certum, quia ad alienationem infringendam opus est probare malam fidem grauati, quod haud facilè est.

17 Et licet verba constitutionis ad eum sensum trahi possint, quem aduersarij proponunt, hmôi tamẽ interpretatio non est admittenda, quia per eam datur facultas alienandi fideicommissum contra mẽtem defuncti, quod nimis æquitati refragatur, & consuetudini Iustiniani, qui vbique profitetur se morientium voluntatem tutari, & ideò huiusmodi interpretatio reijcienda est; placuit enim in omnibus, sed præcipuè in iure æquitatem plurimum valere *l. 1. ff. de iust. & iur. l. placuit, C. de ind. l. in om*
18 *nibus, ff. de reg. iur.* hucque pertinet *l. scire, §. aliud, ff. de excusat. tut.* dum inquit. *Sed etsi verba legis hunc habeat intellectũ, tamen mens legislatoris aliud vult.*

Ex quo textu colligunt DD. nunquam legem sic esse intelligendam, vt ex ea absurdum aliquod sequatur, vt constat ex traditis a Paris. *cons. 56. nume. 30. lib. 2.* Rolan. *cons. 72. num. 21. lib. 1.* Card. Mant. *de coniect. lib. 3. ti. 7. n. 1.* Decia. *cons. 65. nu. 9. in 4.* Surd. *cons. 85. num. 26. vers. non obstat, & nu. 27.*
19 *& cons. 393. num. 42. & 43.* & alij passim etiamsi oporteret sermonem vniuersalem in particularem restringere. Felin. *in cap. nemo, nume. 5. in fine, de simon.* Crot. *in l. prima, num. 4 ff. de leg. 1.* & ibi Crauet. *a nume. 55.* Ruin. *cons. 188. nume. 12. lib. 2. & consil. 18. nume. 8. lib. 3.* Crauett. *pro Genero, numero 76.*

20 Licet itaque fideicommissario inquirere, an hæres, de quo agimus, mala fide res restitutioni obnoxias alienauerit, hoc est contra mentem testatoris. Cum autem Iustinianus respectu quartæ partis iusserit hæredem ostendere se ex causa a legibus permissa alienauisse, consequens est, vt quò ad alias tres quartas partes oporteat fideicommissarium ostendere hæredem aduersus mentem testatoris alienauisse.

Licet autem quæstio voluntatis iudicis religioni committatur *l. 7. C. de fideicom.* bene tamen erit eam explicare, cum in his potissimum disceptationibus aduocatorum acumen iudicibus soleat imponere.

21 Primò, supponendum est testatorem, rogantem hæredem restituere, quod ei supererit, non fuisse eius mentis, vt inane fideicommissum faceret, *l. quoties, ff. de reb. dub.* quod dubio procul contigeret, si voluisset alienationem ab hærede factam sine causa subsistere.

22 Secundò, considerandum est causam alienationis rerum, de quibus agimus, referendam esse ad necessitatem hæredis, vel ad vtilitatem, vel ad voluptatem. Cumque vtile sit, & iucundum hæredi restitutioni obnoxia ab huiusmodi onere liberare, & in suum transfundere patrimonium, si alia ex causa, quam necessitatis testator voluit hæredem posse res huiusmodi alienare, nulli dubium est fideicommissum frustra factum iri, quia rarissimè accidit hæredem huiusmodi facultate non vti, vix enim est, vt quis reperiatur, qui ea, quæ in suum

patri-

patrimonium iure conuertere potest, restitutioni obnoxia esse velit.

23 Necessitate itaque vrgente alienationem testator concessit, cumque agitur de ea necessitate, quę præcisa est, hoc est, de ea, quam alia ratione euadere non poterat hæres, nulli dubium est eam legitimam esse causam alienandi, *l. Titius*, *ff. ad Trebellian.*

24 An autem idem dicendum sit de ea necessitate, cui poterat per alienationem sui patrimonij, vel æs alienum contrahendo, occurrere, videamus. Cum autem testator, quò ad hæc bona plus dilexerit hæredem, quam fideicommissarium, existimo ex hac causa res huiusmodi alienari posse, si modò dolus malus absit; quod tunc contingit, cum hæres fecit id, quod facturus erat, si res huiusmodi pleno iure ad se spectauissēt; hocque est illud, quod decidunt illa verba constitutionis. *Alijs omnibus in eius positis potestate, & licentiam habere eum his sicut voluerit vti, quemadmodum perfectus dominus competit.* Et in hac parte derogatū est *d. l. Titius* 54. *ff. ad Trebell.* nec sine ratione, si enim ad eam necessitatem, quæ præcisa est restringimus alienandi facultatem, perrarò hæres alienare poterit; cum tamen testator modum alienationi non statuendo, clarè indicauerit, se tam arctis cancellis facultatē hæredi datam, non clausisse.

25 Ex quo intelligimus, an hodie sit obseruandum id, quod habetur *in l. idem seruandum* 74. *ff. de leg.* 2. hæredem nempe rogatum restituere, quod ei supererit, teneri restituere id, quod ex rebus hæreditarijs impendit in satisfaciendo suis creditoribus; si enim idem facturus erat, si res huiusmodi pleno iure ad se spectauissent, tunc in restitutione eas nō venire ex dictis liquet, quod si aliud tunc facturus erat, nō est, quod dubitemus malam fidem adesse, & proindè alienationem subsistere non debere affirmandum est.

26 Quomodò autem constare possit, eum idem facturum fuisse, si res pleno iure ad ipsum spectauisset videamus. Dubitatio in eo consistit, an sit considerandum, quid bono patrifamilias facere conueniebat, an id, quod verisimile est, eum facturum fuisse inspectis eius moribus, & opinionibus: Si versemur in ea specie, in qua testator putauit hæredē prudentem patremfamilias esse, vel euasurum esse, tunc dubio procul dicendum est ipsum respexisse ad id, quod bono patrifamilias conuenit: Si verò eum sciebat esse imprudentem, vel sumptuosum, tunc ad conditionem huiusmodi respexit; neque enim putare quis potest testatorem ab eo, quem malum patremfamilias esse credebat, opera boni patrisfamilias propria desiderauisse.

27 Cum autem in vitijs eorum, quos diligimus, agnoscendis non soleamus esse faciles, plerunque enim errores eorum excusamus, & tegimus, non est putandum testatorem existimauisse hæredem malum patremfamilias euasurum esse, nisi eiusmodi moribus præditus esset, vt modica adesset spes eū ad bonam frugem esse rediturum.

28 Hæc ad tres quartas partes pertinent, circa reliquum hæreditatis nunc versari oportet. Ex causa dotis eius alienationem Iustinianus concedit, ibique Accurs. in verbo dare ait; permissum esse hanc partem alienare etiam pro dotis restitutione, quod placet etiam Bart. *ibi nu.* 5. Idem Accurs. *in Auth. contra rogatus, in verbo dotis, C. ad Trebell.* & ibi Bald. *nume.* 4. Peregr. *de fideicommiss. artic.* 40. *num.* 40.

29 Vbicunque hæres bona propria non habens, in contractu matrimonij pro dotis restitutione, res de quibus agimus obligauit, huiusmodi opinio facilè recipienda est; cum verò hæreditas ad eum peruenitur post contractum matrimonium, locus ei esse non potest. Iustinianus enim hæredi concedit solum ex hac quarta dotem sponsalitiamque largitatem dare, vt constat ex illis verbis. *Si verò & ipsam quartam ir, qui grauatus est, contingat, necessarium est perscrutari causam, secundum quam hoc egit, & siquidem dotem voluerit dare, aut sponsalitiam largitatem aliam non habens substantiam, oportet hoc ei permitti agere*, & ideò non debet trahi ad restitutionem dotis, de qua agimus, quia hæc plurimum inter se distant, nā admittendo hoc casu dotem restitui posse, citra factum hæredis res hæreditarias mulier ex causa dotis persequi potest, & tamen Iustinianus solum concedit hæredi eas in causam dotis, vel donationis propter nuptias erogare.

30 Magna inquam inter vtrunque casum differentia est. Primò, quia cum hæres in causam dotis res huiusmodi obligat, locus fit conditioni, sub qua resolui fideicommissum testator voluit, quia ex facto hæredis alienatio sequitur; cum verò citra factum hæredis res a muliere capiuntur, secus est. Secunda differentia est, quia cum hæres obligat bona pro dotis restitutione, propriam non habens substantiam, secundum voluntatem testatoris alienatio fit, quia voluit hæredem habere facultatem alienandi hæreditatem, si rebus suis aliter consulere non potest, cum verò alienatio fit ob dotem acceptam, antequam hæreditatem caperet, aliud est dicendum, cum citra obligationem hæreditariarum rerum matrimonium perfectum fuerit, hocque habebit locum, etiamsi dos non fuerit soluta, quia ex dotis promissione marito agere licet, nisi versemur in illis speciebus in quibus cogi possit maritus in tuto dotem ponere; si enim alia ratione, quam per obligationem rerum hæreditariarum, marito consuli non possit, obligare ei licebit ex constitutione Iustiniani res hæreditarias. Quia verò agitur de damno fideicommissarij eo in ius vocato res erit decidenda, ne fraus ei fiat.

31 Idem erit dicendum, cum maritus soluto matrimonio restituere debet hæreditatem; vbicunque vltra id, quod facere potest conuenire eum licet, hęc enim iustissima cā est alienandi, & proinde ex ea licet quartam alienare ex constitutione Iustiniani; cum autem inquiritur, an maritus ad restitutionem dotis conuentus in solidum dotem restituere teneatur, non veniunt bona, quæ pleno iure ad ipsum non spectat, vt constat ex traditis per Petr. Barbos. *in l. maritum, num.* 13. & 14. *ff. solut. matrim.* & proinde maritum in specie nostra solidum restituere non posse dicimus, cum ex proprijs bonis non potest dos deduci.

Vsufru-

Vſufructuarius an poſſideat naturaliter ad l.naturaliter,de acq.poſſ. *Cap. XXV.*

1 RE*ceptior eſt eorum ſententia, qui aiunt vſufructuarium naturaliter poſſidere. vide DD. *ad l.naturaliter,in princip. ff.de acquir.vel amittend. poſſ.* Iaſ. *in l.ſi is, qui pro emptore, ff.de vſucap.* Menoch. *recup.poſſ.remed.1.num.71.& remed.3.retinend.num.74.*

2 Contrariam ſentẽtiam ſequuntur Cuman. Roman. & Aret. *in d.l.naturaliter*, vbi etiam Cuiac. Couar. *in c.poſſeſſor, in initio 2.part. nu.5.* Io.Mar. Aquil. *in d.l.ſi is, qui pro emptore, in princ.num.80.* Cuiac. *ad tit.C.de acquir.poſſ.colum.4.& lib.9.obſer. cap.33.in fine*, eiuſdem opinionis eſt Theophil. *in §. idem placet, Inſt. per quas perſon. nob. acq.* & his accedunt Alex.Turamin. *de vera ſubſt.poſſ.cap.1. num.3.* Soc.iun. *in l.1.ff.de acquir. poſſ.a num.487.* vbi Romuleus *a num.92.*

3 Huic poſtremæ opinioni adhæreo. Primò per tex. *in l.certè 6.ff.de precar.* cum I.C.ait, *Is,qui rogauit, vt precario in fundo moretur, non poſsidet, ſed poſſeſsio apud eum, qui conceſsit, remanet. Nam & fructuarius, & colonus, & inquilinus ſunt in prædio, & tamen non poſsident.*

Ergo neceſſe eſt dicere fructuarium, qui inter hæc exempla numeratur,non poſſidere naturaliter,aliàs I. C. perperam eius exemplo vſus fuiſſet, intendit enim oſtendere malam conſequentiam eſſe,habet ius morandi in fundo, ergo poſſidet,inſuper, ſi fructuarius poſſidet naturaliter, cur eum coniungit cum colono, & inquilino, quos conſtat non poſſidere? huic tex.reſpõdet Socin.eum agere de fructuario, cui adhuc non fuit ius vtendi, &
4 fruendi conſtitutum, quæ reſponſio manifeſtè redarguit I. C. quòd,dum ageret, non de omni fructuario, nomine fructuarij indiſtinctè vſus fuerit, quodque exemplo non congruo vſus fuerit; fructuarius enim non habet ius morandi in fundo,niſi cum vſufructus conſtitutus fuit, & ſatiſdederit, iuxta tex. *in l.1.& tot.ff. quemad. vſufruct. caueat.*

5 Secundò nititur hæc opinio autoritate tex. *in l.Celſus 6. §.1. ff.ad exhibendum*, in illis verbis, *Iulianus etiam ſcribit, ad exhibendum actione eum teneri, qui rerum, vel legatorum ſeruandorum cauſa in poſſeſsione ſit*, deinde pergit. *Sed & eum,qui vſufructus nomine rem teneat, quamuis, nec is vtique poſſideat.* nota illas dictiones, *ſed &*, quæ amplificant ſermonem *l.ſed & eius vei 25 famil.erciſ.l.2.de cõd. indeb.l.6 ff.quib.mod. vſufruct. amitt.l.10.de noxal. act.l.16.de dolo mal.* cum ſexcẽtis ſimilibus,& ſtatim intelliges illa verba *quamuis, nec is vtique poſſideat*, de omni poſſeſſione eſt intelligenda. Nam, ſi de ciuile intelligatur, oratio non creſcit, ſed diminuitur,quia illi,qui rei,vel legatorum ſeruandorum gratia in poſſeſſione ſunt,nullam habent poſſeſſionem *l.3.verſ.creditores, ff.vti poſsid.*

6 Immò non erat, cur de vſufructuario mentio fieret,ſi I. C. putabat eum naturaliter poſſidere, cum enim ſupra ſcripſiſſet omnes, *qui facultatem exhibendi habent, ad exhibendum teneri* nulla poterat eſſe dubitatio, quin teneretur vſufructuarius, qui naturaliter poſsidet.

7 Tertiò conſtat vſumfructum nihil aliud tribuere, quàm ius vtendi,& fruendi rebus alienis,ſalua earum ſubſtantia, ergo non transfert poſſeſſionẽ, cum non ſit neceſſaria, vt quis vtatur, & fruatur, vt accidit in colono, & inquilino *l.6.ff. de precar.* idque probat elegantiſſimè tex. *in l.Celſus, §. Iulianus,ff.ad exhiben.* ibi enim poſtquàm I. C. dixerat, vſufructuarium actione ad exhibendum teneri, volens oſtendere, qui nam futurus ſit huius iudicij exitus,ait. *Actor rem poſſideat,is,cum quo agetur vtatur, & fruatur*; cõtradiſtinguit enim facultatem vtendi, & fruendi a poſſeſſione, quod vtique non feciſſet ſi aliqua eſſet penes fructuarium poſſeſsio,neque enim ſolent I.C.indiſtinctè aſſerere,quæ indiſtinctè non ſunt vera, quod eo grauius crimen in I. C. noſtro eſſet, quia ex verbis antecedentibus,dum dixit, vſufructuarium non poſsidere, maximam nobis præſtat occaſionem credendi nullam penes fructuarium eſſe poſſeſsionem,vt in antecedenti argumento expoſui..

8 Quarto pro noſtra opinione vrget id, quod legitur *in l.permiſceri 52. ff.de acquir.poſſeſſ.* dum ait, *Permiſceri cauſas poſſeſſionis, & vſufructus nõ oportet quemadmodum nec poſſeſſio, & proprietas permiſceri debent, neque impediri poſſeſſio, ſi alius fruatur, neque alterius fructum amputari, ſi alter poſſideat.* Vides hic generalem conſtitui regulã,cauſam poſſeſsionis ab vſufructu ſeparatam eſſe,quemadmodũ proprietas a poſſeſsione differt,ergo ſicut proprietas nihil commune habet cum poſſeſsione, *l.naturaliter, §. nihil commune, eod.tit.* ita, & vſufructus nihil commune cum poſſeſsione habebit; cumque I. C. tradat regulam generalem, non diſtinguendo inter poſſeſsionem naturalem,& ciuilem, non ſunt audiendi illi, qui eius verba ad ciuilem poſſeſſionem coarctant, ſine aliqua vrgenti cauſa, hoc enim eſt eum arguere, quod indiſtinctè loquatur, vbi diſtinctione opus eſt: idque eo facilius aduerſus eum admittendum eſſet, quod non ſemel,ſed iterum, atque iterum in eundem errorem incidiſſet, ſcilicet *in l.certè, de precar.in l.Celſus,§.Iulianus,ff.ad exhibendum.* Nam etiam in his locis indiſtinctè aſſerit vſufructuarium non poſſidere,nulla facta diſtinctione..

9 Vrget poſtremò pro hac opinione, id quod legitur *in l. Attilius 27.ff.de donat.* in illis verbis, *quod ſi expulſus Nicoſtratus veniat ad iudicem, ad exemplum interdicti, quod vſufructuario proponitur, defendendus erit, quaſi loco poſſeſſionis conſtitutus, qui vſum cœnaculi accepit*, agitur de eo, qui poſſeſſor non erat, ſed ſimilis poſſeſſori, & ait Pap. eum, ſi expulſus fuerit, defendendum eſſe, ad exemplum interdicti,quod fructuario datur, ergo vſufructuarius loco poſſeſſoris eſt,non poſſeſſor, aliàs nõ congruo exemplo Pap. vſus fuiſſet; ſi enim fructuario ſummo iure interdictum redditur, quia poſſeſſor eſt,quomodo ei,qui loco poſſeſsoris eſt, ad exemplum fructuarij dandum eſt interdictum?

10 Hæc pro noſtra opinione ſatis; contrariæ ſententiæ rationes, & fundamenta aggrediamur, quorum primum poſitum eſt *in l. naturaliter, in principio, ff.de acquir. poſeſſ.* cuius verba hæc ſunt, *Naturaliter videtur poſſidere is, qui vſumfructum habet.*

Reſpon-

Respondet Aretinus ibi, possidere accipi pro detinere, quo sensu, etiã alibi vsurpatur, scilicet *in l. 2. §. quod vulgo, ff. pro hæred. in l. 7. §. neque coloni, ff. com. diuid. iuncta l. officium, ff. de rei vindic.*

11 Huic responsioni obstare videtur mos I. C. vtendi verbo videtur in illis, quæ non sunt explorata, & in controuersiam vocari possunt, & ideò eo non fuisset vsus Vlp. si verbum possidere, hoc sensu acciperet, nemo enim dubitat vsufructuarium rem tenere.

Secundo loco respondet Cuiac. I. C. dum ait, fructuarium videri possidere, non declarare id, quod fructuarius possidet, & ideò ad ius ipsum, nõ ad rem, referenda esse eius verba; hanc responsionem rectè redarguit Ias. ibi, quia possessio refertur ad corporea, incorporalia enim quasi possidentur *l. 4. § si viam, de vsucap. l. 31. §. 1. in fine, ff. de ser. vrb. præd.* & ideò dum I. C. ait, eum, qui vsufructum habet, possidere, non est ad ius referendum, sed ad rem ipsam, maximè, quia ius huiusmodi ab eo, non naturaliter solum, sed etiam ciuiliter possidetur, idque clarissimum est, & ideò non erat cur diceret fructuarium videri naturaliter possidere.

12 Aliter respondet idem Cuiac. *ad tit. C. de acquir. poss.* id scilicet, quod hoc in loco scribit I. C. referendum esse ad interdictum vti possidetis, de quo eo in libro egit Vlp. *vt ex §. 1. eiusdem legis patet, & ex l. 1. ff. vti possid.* cui responsioni obstat, quod huiusmodi interdictum non datur ijs, qui rem detinent *l. 3. §. creditores, ff. vti possid.*

13 Alij aliter soluunt, & melius, I. C. non dicere fructuarium possidere, sed videri possidere, vt ostẽdat eum non possessorem esse, sed similem possessori; hancque responsionem sequuntur Ias. *in d. l. naturaliter, nu. 6.* Socin. iun. *in l. 1. num. 487. ff. de acq. poss.* necnon Cuiac. *lib. 9. obseru. 33. in fine:* eodem modo loquendi vtitur Paulus *in l. qui actionẽ, ff. de reg. iur.* dum ait, *qui actionem habet rem ipsam habere videtur*, & Iauolenus *in l. non videtur 22. ff. de acq. poss.* inquit, *Non videtur possessionem adeptus is, qui ita nactus est, vt eam retinere non possit:* plura exempla si quis velit, facile erit ex libris nostris depromere.

14 At dicent aduersarij, interdum, præcipueque in tractatu possessionis, iuris nostri auctores vti verbo *videtur* ad veritatem designandam, non similitudinem. Respondeo eiusmodi interpretationi locum esse posse, si modo subiecta materia id patiatur; verè enim Bal. *in rub. extra de præscript. nume. 3.* dixit interpretationem huius verbi, ex materia, de qua agitur, pendere, & ideò, antequam possint aduersarij hanc interpretationem contra nos afferre, probare debent fructuarium naturaliter possidere; nobis enim sufficit, vt plurimum hoc verbum similitudinis notam esse.

15 Secundum argumentum deducitur *ex l. 3. §. vnde vi, ff. de vi, & vi armat.* dum ibi habetur, interdictum vnde vi, quod veram exigit possessionem, *l. 1. §. deijcitur, eod. tit.* fructuario competere.

Nihil est, tex. enim clarè se explicat, id ratione iuris vtendi, & fruendi accidere, inquit enim, *vnde vi interdictum necessarium fuisse fructuario apparet, si prohibeatur vti frui*, qua de causa fuit etiam concessum vsuario, *vt in d. l. 3. §. vti frui, in fine.* hucque trahi debet, quod insinuat Pap. *in l. Attilius 27. ff. de donat.* dum ait, *quod si expulsus Nicostratus veniat ad iudicem, ad exemplum interdicti, quod fructuario proponitur defendendus erit, quasi loco possessoris constitutus, qui vsum cænaculi accepit*, scilicet interdictum concedi vsufructuario expulso, non quòd possessor sit, sed quia loco possessoris est: in dictoque tex. ratione quasi possessionis dari interdictũ,
16 declarant præterea illa verba, *Vti frui autem is prohibuisse videtur, qui vi deiecit vtentem, & fruentem, aut non admisit eum, cum ex fundo exijsset non vsufructus deserendi gratia*; non enim locus interdicto fieri ostendit I. C. quoties ex fundo deijcitur, sed quoties is deijcitur cum vti, & frui fundo velit, quod est illud, quod ostendit eum non possessorem censeri, sed loco possessoris; nam interdictum vnde vi, ei, qui possidet, quandocunque eiectus fuerit, datur, nec habetur ratio, quid in fundo ageret, sed an tunc possideret *l. 1. eod. tit.*

17 Tertio affertur tex. *in l. final. ff. vti possid.* dum ait, interdictum vti possidetis, quod non datur detentori *l. 3. §. creditores, eod. tit.* competere fructuario.

Sunt, qui dicunt tex. agere nõn de possessione rei, sed de quasi possessione vsufructus; sed hæc responsio non est admittenda; nam I. C. ait, *In summa puto dicendum, & inter fructuarios hoc interdictũ reddendum, & si alter vsumfructum, alter possessionem sibi defendat*, apertè enim constituit differentiam inter eum, qui vsumfructum sibi defendit, & eum, qui defendit rei possessionem, ergo necesse est dicere, eum supponere ex duobus fructuarijs alium esse in possessione rei, alium verò, non, & per consequens, alterum istorum, tanquam vsufructuarium possessionem rei retinere.

18 Aliter ergo respondendum est, scilicet eum, qui rei possessionem sibi defendit, non tanquam vsumfructuarium, sed ex alio capite contendere se possessorem esse, idque manifestè I. C. ostendit, dum velut quid diuersum ponit defendere sibi rei possessionem, & vsumfructum; cum enim vsufructuarius qui vtitur vsufructu sit in possessione rei, (si verum est vsufructuarium naturaliter possidere,) consequens est eum, qui sibi defendit vsumfructum etiã rei possessionem defendere, qui enim vsumfructũ defendit, ea etiam defendit, quæ cum ipso coniuncta sunt, & ideò male I. C. dixisset. *Si alter vsumfructum, alter possessionem sibi defendat*, vterque enim tunc possessionem sibi defenderet.

19 At dices vsufructuarium non acquirere possessionem rei, nisi eam fuerit ingressus, & ideò non esse mirum, si I. C. constituat differentiam inter eum, qui vsumfructum, & eum, qui possessionem sibi defendit, quia non exprimit se agere de vsufructuario, qui rei possessionem apprehenderit, quod non omisisset, si secundum hanc circumstantiam eius decisio intelligeretur.

Vt hæc obiectio dissoluatur, aduertendum est, interdictum vti possidetis reddi quando plures eidem rei insistere volũt, vt *in l. 1. vti poss. & in §. retinendæ, Inst. de interdict.* itaque si dicimus I. C. agere de vsufructuario, qui rem non fuerit ingressus, inepta esset eius dubitatio, nam interdictum retinendæ ad eos nõ pertinet, qui possessionẽ nondum

fuerunt

fuerunt nacti, ſed ad eos, qui poſſeſſionem, quam fuerunt adepti, retinere volunt, & ideò non eſt mirum, ſi nullam huius rei mentionem fecerit, ex materiæ enim de qua agebatur natura, id ſatis clarè colligitur.

20 Poſtremum argumentum deducitur *ex l. poſſeſſio quoque 49. ff. de acq. poſſ.* dum ait, *Poſſeſſio quoque per ſeruum, cuius vſusfructus meus eſt ex re meu, vel ex operis meis acquiritur mihi, cum & naturaliter a fructuario teneatur, & plurimum ex iure poſſeſſio mutuetur.* Cum enim tex. poſt quam dixit, ſeruũ huiuſmodi per fructuarium teneri, ſtatim ſubdat, *& plurimum ex iure poſſeſſio mutuetur.* inſinuare videtur poſſeſſionem, quã fructuarius habet, veram poſſeſſionem eſſe, poſſeſſio enim, quæ plurimum iuris habet, vera poſſeſſio eſt.

Reſpondeo mentem I. C. dum ait, *& plurimum ex iure poſſeſſio mutuetur,* non eſſe aſſerere fructuarium poſſeſſionem veram habere, ſed tollere eum velle obiectionem quandam, quę aduerſus eius aſſertionem ex natura poſſeſſionis deduci poterat, cum enim poſſeſſio quid facti ſit, per ſeruum non poſſe nobis acquiri videtur, ea enim quæ facti ſunt per ſeruum non acquirimus, *vt Inſtit. de ſtipul. ſer. in princ.* huic autem obiectioni Pap. reſpondet dicendo, plurimum ex iure poſſeſſionem mutuari, quaſi dicat, licet poſſeſſio factum quoddam ſit, ipſa tamen non eſt merum factum, quia plurimum ex iure mutuatur, & ideò eſt ex numero illarum, quæ per ſeruum acquiri poſſunt.

Pro dotibus in umbiguis eſſe reſpondendum, quomodo accipiendum ſit ad l. in ambiguis 71. ff. de iur. dot. l. in ambiguis 86. ff. de reg. iur. Cap. XXVI.

1 IN *ambiguis pro dotibus reſpondere melius eſt*, ſunt verba *l. in ambiguis 71. ff. de iur. dot. l. in ambiguis 86 ff. de reg. iur.* huius regulæ, quæ quotidiana eſt, poteſtatem vt aſſequamur, in primis animaduertere debemus eam a I. C. deſumptam fuiſſe, non quidem ex conſtitutione, ſed ex iuris ratione, vt oſtendunt illa verba, *melius eſt*; hac enim traſi prudentes vti ſolent, vbi agitur de re non decisa, & quæ in controuerſiam poteſt vocari, vt conſtat ex *l. Gallus, §. quid ſi is, verſ. melius, ff. de lib. & poſth.*

2 *& l. 3. in princ. ff. ne vis fiat ei,* quod etiam ex eo liquet, quod conſtitutionis I. C. non facit mentionem, vt moris eſt Prudentum, cum ex conſtitutione magis, quã ex iuris ratione aliquid depromunt, quod nemo ex ijs ignorat, qui vel mediocriter in libris Pandectarum verſati ſunt.

3 Hoc præmiſſo, verba regulæ expendamus. *In ambiguis* ait I. C. *pro dotibus reſpondere melius eſt*, ambiguum dicitur id, quod commodè in ambas partes agi poteſt, teſte Feſto *lib. 1.* in quam ſententiam ſic inquit Cic. *in Partitionibus propè finem: Sunt igitur ambigui duobus aduerſarijs præcepta communia, vterque enim buns ſignificationem, qua nititur ipſe dignam ſcriptoris prudẽtia eſſe defendet. Vterque quod adne- ſanus ex ſcripto intelligendum eſſe dicit, aut abſurdum, aut inutile, aut iniquum, aut turpe eſſe defendet,* in eandem ſententiam loquitur *in Topicis propè finem*, dum ait, *Tum enim defenditur, non id legem dicere, quod aduerſarius, ſed aliud, id autem cõtingit cum ſcriptum ambiguum eſt, vt duæ differentes ſententiæ accipi poſſunt.*

Concordat Boetius *in lib. de diuiſione c. 8.* dum ait. *Iſt autem omne quidem ambiguum dubitabile, non omne tamen dubitabile eſt ambiguum. Hæc enim quę dictu ſunt dubitabilia quidem ſunt, non tamẽ ambigua. In ambiguis enim vterque auditor rationabiliter ſe intellexiſſe arbitratur, vt cum quis dicit, audio Græcos vicisse Troianos, vnus putat, quod Græci Troianos vicerint, alius, quod Troiani Græcos, & hoc vterque dicentis ipſis ſermonibus rationabiliter intelligit,* in eandem ſententiam latè loquitur Quintilianus *lib. 7. Inſtit. c. 9.*

Eodem ſenſu iuris noſtri auctores ambiguum accipiunt, vt conſtat ex *l. nepos Proculo, verſ. num qui ambiguè, de verb. ſignif. ex l. vbi eſt 21. ff. de rebus dubijs. ex l. cum Sticus 29. ff. de ſol. ex l. vtrum 26. ff. de pet. hæred.* & notat Accurſius *in l. veteribus 40. in verbo obſcurum. ff. de pact.* & ibi Odofredus *col. 1. verſ. reſtat quando.* Bart. *num. 1.* Caſtr. *num. 3.* & ibi etiã Cuiac. conſenſit Accur. rurſus *in l. quoties in ſtipulationibus, ff. de verb. obligat.* & alibi Cuiac. iterum *ad Rub. tit. de reb. dub. & in l. 3. eiuſdem tit. lib. 14 quæſt. Paul. & in d. l. in ambiguis, de iur. dot. ad l. 6. quæſt. Paul.* & alij quos prætermitto.

4 Ius autem ſingulare ad fauorem dotis hac in re receptum in eo conſiſtit, quòd, cum in cęteris cõtractibus, quæ ambiguè ſcripta ſunt aduerſus eum exponantur, cuius intererat legem apertius dicere *l. quicquid aſtringendæ, de verb. obligat.* dotis gratia receptum fuit, vt in eius fauorem intelligantur ea, quæ in conuentione dotali ſcripta ſunt, etiam ſi mulieris intereſſet apertius eam fuiſſe conſcriptã.

5 Qua ratione autem hoc fuerit receptum, vt cõmodius explicemus ad memoriam reuoco, in contractibus præ cęteris inſpici quid inter partes actũ fuerit *l. in conuentionibus, ff. de verb. ſignif.* neque enim æquum, ac bonum patitur, vt id quod inter partes conuentum fuiſſe conſtat negligatur *l. 1. ff. de pact.* huc que pertinet *l. 8. poſt princ. verſ. & Celſus, l. 9. & l. ſeq. §. planè, verſ. & non puto, col. ſi mulier 14. l. dotem 31. ff. de iur. dot.* & ideò non eſt dicendum alia ratione receptum fuiſſe, vt pro dotibus in ambiguis reſpondeamus, quam quia veriſimile ſit ſic inter partes actum fuiſſe, quid enim abſurdius dici poteſt, quam præter mentem contrahentium ſcienter eorũ conuentiones interpretari?

6 Inde verò mens cõtrahentium hac in re deducitur, quòd dos eſt fauore digna, in ijs enim, quæ fauorem merentur, in benigniorem partem facilè inclinamus, & ideò, dum circa huiuſmodi res ambiguitas oritur, facilè credimus partes id ſenſiſſe, quod in eorum fauorem tendit, idque in libertate obſeruari videmus, eæ enim interpretationes, quę paſſim in iure noſtro in rebus obſcuris pro libertate admittuntur, ex mente manumiſſoris dependent, libertati enim non fauent leges noſtræ, cum colligi non poteſt, quid manumiſſor ſenſerit *l. penult. ff. de reb. dub. & alibi*, hucque pertinet *l. 10. §. 1. ff de manumiſſ. teſt. l. ſi ſeruus 50. ff. de fideicom. libert. l. cum inter, §. fin autem, C. eod. tit.*

7 Huic autem regulæ gloſ. & DD. varia accommodant exempla, quę confutat Cuiac. *lib. 6. quæſt. Paul. ad d. l. in ambiguis, de iur. dot.* vbi alia proponit,

nit, quæ commodè impugnari possunt, idoneum autem exemplum colligi potest *ex l. 5. in fine de iur. dot.*

8 Ex his intelligimus, an idem sit obseruandum, cum in obscuris versamur, obscuræ enim conuentiones ab ambiguis distinguuntur *in l. veteribus, ff. de pact.* si enim eam obscuritatem conuentio habeat, vt magis in eam partem inclinet animus, quæ doti aduersatur, hoc ius nullatenus erit obseruandum. Cum enim in ambiguo sermone ex vi verborum vtraque pars æquè commodè suam firmet sententiam, quod de sermone ambiguo dicitur, non potest trahi ad sermonem, in quo vis verborum in partem aduersam doti nos inclinare cogit. Nam vis verborum, quæ ad explicandam nostram mentem præcipuam vim habeat *l. non aliter, l. ille, aut ille, de leg. 3.* hoc enim eorum munus est *l. Labeo, de suppellect. leg.* efficit, vt difficilius ad fauorem dotis respondeamus, cum verborum significatio contra dotem inclinat, quam accidat, vbi verba æquè commodè in fauorem dotis trahuntur, & consequēter efficit, ne id, quod de ambiguis conuentionibus scriptum est, liceat ad huiusmodi obscuritatem trahere, quia a maiori ad minus non licet affirmatiuè argumentari.

9 Eadem ratio efficit, vt hoc ius non sit obseruandum, cum agimus de cōuentione adeò obscura, vt intelligi non possit, quid verba significent; nam tunc non potest quis dicere eum sensum, qui fauet doti, commodè ex verbis deduci, vt accidit, cum sermo ambiguus est.

10 Et ex his etiam infertur, non esse locum huic regulæ, cum quid perperam fuit scriptum in contractu dotis; cum enim perperam scriptum distinguatur ab eo, quod fuit ambigue prolatum *l. cum quid 15. ff. de reb. dub.* non potest hæc regula hic locum habere, nisi per modum extensionis, quæ fieri non potest, quia diuersa inter hæc ratio adest euidenter, quia scilicet ex eo, quod perperam scriptum fuit, non potest vi verborum colligi ille sensus, qui fauet doti, & ideò significatio verborum, quæ in ambiguo sermone doti non aduersatur, in hac spetie repugnat, quod itaque de ambiguo sermone dicitur, non est trahendum ad eum sermonem, qui scriptus fuit perperam, & ideò aliundè expiscanda est mens contrahētium, iuxta id quod docet I. C. *in d. l. cum quid.*

11 Ad dices, I. C. equiparat eo loci scripturam ambiguam, cum ea, quæ perperam facta est, ergo non rectè inter eas differentia constituitur. Respondeo commune esse vtrique scripturæ, vt secundum id, quod credibile est fuisse cogitatum, intelligatur *l. in conuentionibus, ff. de verb. signif.* & ideò I. C. hæc equiparat vitia, quia de his ad hunc effectum agebat, non rectè itaque indè ad rem nostram sumitur argumentum, quia aliud quęrimus, nempè an fauor dotis id, quod circa sermonē ambiguum operatur, efficere valeat in sermone perperam scripto; argumentum enim ab equiparatis non valet, nisi equiparatio sit facta per modum regulæ, vel in eo, de quo agitur, vt per Petrū Barbos. qui alios adfert *in l. si constante, in princ. nu. 99. ff. sol. matr.*

12 Infertur ex dictis etiam sermonem ambiguum, de quo agit *l. 3. ff. de reb. dub.* differre ab eo, de quo tractat nostra regula, quia, dum I. C. inquit sententiam, quam vult exprimere, is, qui loquitur non contineri in sermone ambiguo, de quo tractat, apertè ostendit se de sermone ambiguo propriè sumpto non agere, vbicumque enim cōtentio oritur super sermone ambiguo propriè sumpto, vtraque pars ex scripto suam confirmat sententiam, quia sermo ambiguus vi sua duas diuersas exprimit sententias, vt exposui num. 3. 4. & 5. loquitur itaque I. C. de eo, qui verbis aliud significantibus vtitur, contradistinguit enim sententiam loquentis ab eo, quod verba significant, dum ait, *neque id dicit, quod vox significat, quia nō vult, neque id quod vult, quia non loquitur,* de hoc autem genere sermonis agitur *in l. 4. ff. de leg. 1. & in l. si alij, ff. de vsufr. legat.* & vtrobique id ipsum concluditur, quod in hac l. 3. deciditur.

13 Infertur etiam ex dictis nostram regulam ita demum habere locum, si nulla extet coniectura, quę iudicis animum contra dotem trahat, hocque sensit Barbos. *ad l. primam, p. 2. num. 8. vers. non obstat, ff. sol. matr.* dum dixit hanc regulam procedere, cum res est omninò ambigua. Cum enim fauor dotis non possit efficere, vt aduersus, id quod conuentum fuit, iudex pronuntiet, vtique non poterit efficere, vt aduersus eam partem, quam iudex existimat verisimiliorem, sententiam ferrat.

14 Cum de voluntatis quæstione agitur (rem clariusq. expono) partes iudicis sūt æstimare quid verisimilius sit *l. 7. C. de fideicom.* vbicumque ergo iudex inclinat ex aliqua coniectura aduersus dotem, certè minus verisimilem putat partem, quæ doti fauet, ergo eam non potest sequi, in obscuris enim id sequi debemus, quod verisimilius est *l. in obscuris, ff. de reg. iur.* quæcumque sit res, de qua agitur, in obscuris enim verisimilius pro veritate est, quā nos semper sequi debere in comperto est, ad huius autem sententiæ confirmationem adferri potest *l. inter socerum 26. in principio, ff. de pact. dotalibus.*

15 Prætereà infertur regulam nostram non pertinere ad eam spetiē, in qua ex parte dotis id, quod probandum fuerat, liquidis probationis non fuit confirmatum, neque enim tunc res versatur in ambiguo, quia indubitati iuris est actore intentionem suam plenè non probante, reum absolui *l. ei, qui dicit, de probat.* quod etiam de reo dicimus respectu suarum exceptionum *l. in exceptionibus, eod. tit.* atque ita etiam docet Cuiac. *lib. 6. quæst. Paul. ad d. l. in ambiguis, de iur. dot. in fine,* cauendum est itaque a Bal. Nouell. *par. 9. priuileg. 3.* quia contrarium docet.

16 Negotium ambiguum, vt rem melius explicē, dupliciter in controuersiam venire potest, simpliciter scilicet, & secundum quid, hoc est vti negotium ab actore in iudicio propositum; si simpliciter consideretur, res est ambigua, quia hinc inde argumenta vrgent; si verò consideretur ad effectum, vt ex eo intentio actoris fundata sit, dicimus rem in claris versari, quia actor intentionem suam plene probare debet, plenè enim probatum non dicitur, quod in ambiguo versatur. Vbicumque ergo probationibus inuicem aduersantibus, vel

alia

alia de cauſa ambigitur, an id, quod eſt in intentione, vel exceptione eius, de quo agimus, verum ſit, ad effectum vt obtinere valeat contra ſuū aduerſarium, non dicitur res ambigua, ſed clara, & aperta, & ideò iudex velut in re ambigua non poteſt pro dote ſententiam ferre.

17 Huc pertinet *l. lege Iulia 24. ff. de manumiſſ.* dum ait, *Sed & ſi teſtes non diſpari numero, tàm pro libertate, quā contra libertatē dixeriat: tamē pro libertate pronunciandum eſſe, ſępè conſtitutū eſt.* Si enim opus fuit conſtitutione, vt re ambigua ob contrarias probationes exiſtente, pronunciaretur pro libertate, multò magis erit neceſſarium, vt in cauſa dotis nominatim hoc conſtituatur, nam libertas omnibus rebus fauorabilior eſt, ſi credimus Caio I. C. *in l. libertas 165. ff. de reg. iur.* & licet *in c. fin. de re iudic.* æquiparentur dos, & libertas, tamen non id fit generaliter, ſed in eo de quo agebatur, & proindè non poteſt indè argumentum ſumi, vt oſtendi num. 13. maximè cum agatur de eo, quod iuris rationi aduerſatur *l. quod vero, ff. de legibus.*

18 Cum verò ille, qui aduerſus poſſeſſorem agit, non poſſit obtinere niſi probauerit rē ad ſe ſpectare, *§. retinendæ, verſ. commodum, Inſt. de interdict.* ſi probatio ex parte dotis adducta non ſit adeò potens, vt omnem tollat ambiguitatem, non erit locus regulæ noſtræ, quia cum agitur aduerſus poſſeſſorem, cum res per ſe eſt ambigua reſpectu poſſeſſoris dicitur clara, & aperta, qua de re latius dixi infra c. . . . a nu. 19.

19 Cum itaque regula pro aduerſario dotis ſtat, eius intentionem fundans, non erit locus huic regulæ, vt benè admonet Barboſ. *ad l. 1. p. 2. num. 9. ff. ſol. matr.* poſt Menoch. *de arbitr. caſ.* 48. Cū enim non aliter is, qui contra regulam venit, poſſit obtinere, quàm ſi plenè probauerit ſe verſari in caſu excepto, vt per Dec. *in l. 1. ff. de reg. iur. nu.* 8. & ibi Cagnol. *nu.* 15. cum alijs de quibus Bec. *conſ.* 101. *num.* 41. & alij paſſim, euidens eſt pro dote non poſſe tunc pronunciari in ambiguis, quia ex facto ambiguo non poteſt plenè probari exceptio pro dote allegata.

20 Huc ſpectat *l. plerumque 11. §. fin. ff. de iur. dot.* pactum enim contra mulierem ibi exponitur, quia regula erat in fauorem mariti, vt exponit ibi gloſſ. *in verbo electio*; regula igitur noſtra tunc locum habebit, cum adeſt quæſtio voluntatis, quod tunc eſſe dicitur, cum in eo negotio verſamur, quod in vtramque partem trahi poteſt, nec regula ad fauorem alterius partis fuit a lege firmata, vt expoſui lib. 5. c. 39. tunc enim cum neutra pars fundatam intentionem habeat, rectiſſimè iudex pro ea parte pronunciauit, quæ eſt veriſimilior, etiam ſi plenè de veritate non conſtiterit *l. in obſcuris, de regul. iur.* & expoſui loco allegato, & proindè rectiſsimè pronunciat pro dote, cum cęteris paribus fauor, quo eam ius noſtrum proſequitur, efficiat, vt veriſimilior videatur illa interpretatio, quę doti fauet.

21 Infertur etiam ex dictis regulam noſtram non habere locum in controuerſijs iuris, cum iudex nō valet, quæ verior opinio ſit, intelligere, cum enim iudex non pendet in alteram partem, non putat vtique eam partem quæ contra dotem eſt cedere doti; hoc autem vbi non exiſtimat, non licet ei ſententiam dicere pro dote, quia ei tribueret, quod ad dotem ſpectare non exiſtimat, ſi enim id exiſtimaret, opinaretur ex parte dotis potiora iura eſſe.

22 Cum autem partes iudicis ſint cuncta rimari, vt veritatem inueniat *c. iudicantem 30. q. 5.* non poteſt iudex ſalua conſcientia exiſtimare rem eſſe ambiguam, cum de iure controuerſo agitur, anteaquam perlegerit diligenter nouos, & veteres interpretes, qui rem ex profeſsò tractant, & cum partium aduocatis eā ſępius examinauerit, ſi enim ex eo, quod hinc indè ſunt magnæ auctoritates, & rationes iudex affirmauerit quæſtionem apud ſe ambiguam eſſe, re non diſcuſſa, ſententiam dubio procul dicit, quod a iudicis munere alieniſſimum eſt.

23 Nec iudici ſuffragatur id ambiguum eſſe, quod dubium eſt, dubij autem iuris eſt quidquid inter magnos viros cum opinionum varietate diſputatur, quia quæſtio dubia dici poteſt dupliciter, vel ſimpliciter, vel reſpectu iudicis, ſi ſimpliciter quæratur, puta an Trebellianica poſſit prohiberi filijs primi gradus, reſpondendum illicò erit hoc dubij iuris eſſe, ſi verò quæratur a Titio, qui iudex eſt, an apud ſe dubium ſit, vtrum Trebellianica poſſit filijs primi gradus prohiberi, ſi ipſe voluerit, vt moris bonorum iudicum eſt, reſpondere, dicet rem eſſe iuris controuerſi, & ideò ſe non poſſe ſuam ſententiam dicere, niſi ſibi detur tempus ad deliberandum, hoc autem tempore, ſi adhibito eo ſtudio, quod ꝓpoſita difficultas poſcit, adeò rem difficilem inuenier, vt deliberare non poſſit, quæ pars melior ſit, iure reſpondebit rem apud ſe dubiam eſſe; ſi verò non adhibuerit ſtudium, quod huiuſmodi difficultati conuenit, & reſponderit rem apud ſe dubiam eſſe, non poteſt a negligentia excuſari, & proindè in culpam incidit grauiſſimam.

24 At dicent aliqui, ob multas, magnaſque occupationes, non poſſumus tempus in re diligentius indaganda conterere, & rei difficultas eſt quandoque tanta, vt non poſſimus facilè aſſequi quid verius ſit; oh vos miſeros? propter occupationes igitur ea iudex prætermittet, ſine quibus munere ſuo rectè fungi non poteſt? Ingenij ergo, & ſcientiæ veſtrę tenuitas in perniciem ciuium conuertitur?

25 Supereſt vt tractemus, an noſtra regula allegari poſſit ab hærede, vel ceſſionario mulieris, eiſque non licerę eam allegare ſentiunt Ial. *in l. 1. nu. 19. verſ. & tenendo, ff. ſol. matr.* & ibi Soc. ſen. *num. 30. ad finem, verſ. nec textus*, & iure meritò.

Cum enim regulæ noſtræ ita demum locus ſit, ſi eo tempore, quo ſententia ferrenda eſt, res ſit ambigua, ſi enim tunc conſtiterit, quid inter partes actum fuerit, nihil refert ante acto tempore id obſcurum fuiſſe, vt locus eſſe poſſit noſtræ regulæ opus eſt, vt eo tempore, quo ſententia ferrur ſit dus, ſi enim ſecus eſſet, non eſſet verum in ambiguis pro dote pronunciari, quia aliud eſt eſſe nunc dotem, & olim dotem fuiſſe, hucque ſpectar regula *l. Titius 16. ff. de teſt. milit.* nempè qualitatem

adiectam

adiectam verbo debere intelligi secundum tempus verbi.

26 Ex quo patet frustra quæri, an hoc sit priuilegium dotis, vel mulieris, iuxta regulam *l. in omnibus causis, & l. priuilegia, de reg. iur.* quoniam priuilegium istud non est ex illis, quæ statim, ac dos fuit constituta, ei acquirunt, quia non antea dos nanciscitur hoc priuilegium, quam venerit tempus de re ambigua pronunciandi, tunc enim opus est, vt fauor dotis moueat iudicem ad inclinãdum pro ipsa, vt probaui suprà nu. 1. cum sequentibus, hoc autem accidere non potest, si, cum venit tempus sententię ferendę, dos esse desijt, neque enim tunc temporis acquirere potest vllum ex illis priuilegijs, quibus leges nostræ dotem prosequuntur, cauendum est itaque a Bart. *in l. 1. nu. 4. ff. sol. matr.* & a Rip. *ibi num. 39.* Bologn. *num. 12.* Barbos. *p. 2. nu... verf. amplia secundò,* nullo enim solido fundamento nixi id affirmant.

Ad l. curabit, C. de act. empti, & venditi.
Cap. XXVII.

1 CVm venditor rem tradidit emptori, vsuræ quas nostri compensatiuas appellant, ab emptore qui morosus est in solutione pretij, soluendas esse disertis verbis habetur *in l. Iulianus 14. §. ex vendito, ff. de act. empt.* dum ait, *Ex vendito actio venditori competit ad ea consequenda, quæ ei ab emptore præstari oportet: Veniunt autem in hoc iudicio infrascripta, in primis pretium quanti res venit, item vsuræ pretij post diem traditionis: nam, cum re emptor fruatur, æquissimum est eum vsuras pretij pendere.*

Id ipsum habetur *in l. curabit, C. de act. empt.* cuius verba hæc sunt, *Curabit Prætor Prouinciæ compellere emptorem, qui nactus possessionẽ fructus percipit, partem pretij, quam penes se habet, cum vsuris restituere, quas, & perceptorum fructuum ratio, & minorit ætatis fauor (licet nulla mora intercesserit) generauit,* concordat tex. *in l. 2. C. de vsuris.*

2 Cur emptorem in hac specie iuris nostri auctores iubeant venditori soluere, non est difficile explicare, id enim disertis verbis exponit I. C. dum ait, *Nam, cum re emptor fruatur, æquissimum est eum vsuras pretij pendere.*

Magna est difficultas intelligere, quemadmodum hæc ratio satis sit apud nos, quibus non est permissum alia ex causa vsuras exigere, quam in compensationem damni, quod culpa debitoris attulit, aut lucri quod nobis eius mora eripuerit *c. 4. de vsur.* & docent communiter DD. vt constat ex Couar. *lib. 3. var. c. 4. nu. 1.* & alij passim, mala enim consequentia est, non patitur æquitas, vt quis re, & pretio fruatur, ergo venditor in ea causa est, vt possit ratione damni emergentis, vel lucri cessantis petere vsuras pretij non soluti: nã, cum id, quod interest in facto consistat *l. id quod interest, ff. de reg. iur.* non semper accidit, vt ob moram emptoris venditor damnum sentiat, lucrum verò omiserit, quid si enim pecunias erat penes se retenturus? quid si eas profligare volebat? quid si negotiatio, in qua exercere volebat, damnosa futura erat? quid si denique non adfuerit occasio eas exercendi?

3 An ratione perfidiæ emptoris, qui decepisse videtur venditorem vsuræ huiusmodi exigantur? quod scribit Bal. *in l. 1. C. de vsur. num. 3.* non vtique, quia alias aduersus debitores morosos eiusdẽ perfidiæ participes idem obseruãdum esset, quod tamen, nec vsus forensis, nec interpretes admittunt, & quidem rectissimè, cum non liceat nobis ex perfidia debitoris lucrum captare, lucrum verò id est, quod non petitur ratione damni emergentis, vel lucri cessantis.

4 An ex regulis iustitiæ commutatiuæ id deducemus? cum enim venditor ex parte sua impleuerit, huiusmodi iustitiæ regulæ postulant, vt vicissim emptor id adimpleat, quod promisit, quod placet Couar. *d. c. 4. verf. & ideò.* Lupo *de vsur. comment. 1. §. 7. num. 136.* nec illud quidem, cum enim iustitia commutatiua non patiatur plus peti a venditore, quam valeat res ab ipso vendita, *vt lib. 5. Eticor. exponit Aristotel. cap. 1.* & omnes admittunt, mora debitoris per se non poterit esse sufficiens, vt plus quam conuenerit ei tribuatur, cum ob moram non crescat valor rei traditæ; & licet eiusdem iustitiæ regulæ cogant eum, qui promissa non impleuit, resarcire id, quod hac de causa alteri parti deest, non propterea sequitur eas indistinctè iubere, vt vsuræ, de quibus agimus, exsoluantur venditori, cum indistinctè non sit verum moram venditoris aliquid venditori detrahere.

Ex quibus nonnullæ aliæ rationes, quæ a recentioribus afferuntur, etiam refelluntur, & ideò earum examine prætermisso, quid mihi in mentem venerit proponam.

5 Vt vsuras, de quibus agimus, venditor exigere valeat, inde proficisci reor, quòd culpa emptoris venditor careat re, quam penes se habiturus fuerat, eum enim huiusmodi culpa efficiat, vt ipse fructibus rei careat, æquitas postulat, vt tantundem ipsi restituatur.

6 Rem clarius explanabo, is qui ita vendit rem suam, vt nolit dilationem ad soluendum pretium concedere, non erat vtique venditurus, si eredidisset emptorem numeraturum non fuisse integrum pretium, cum enim emptor pretium conuentum integrè non soluit, venditor iure ait se culpa eius carere re sua, & ideò iure petit, vt sibi compensetur damnum, quod culpa eius sensit, quod cum consistat in amissione emolumentorum ipsius rei, iure dicimus emptorem teneri in compensationem huiusmodi emolumentorũ vsuras soluere, quæ propterea vsuræ compensatiuæ a DD. solent nominari, licet verè & propriè loquendo vsurarum nomen hæc compensatio non mereatur.

7 At dices, hic, est cardo difficultatis, si pecuniã emptor tradidisset, eam vẽditor otiosam retinuisset, vel profligauisset, nullum ergo damnum mora debitoris ei attulit.

Respondeo duplici iure agere posse vẽditorem contra emptorem. Primò, quia culpa eius caret re sua, quam aliàs penes se retinuisset. Secundò, quia culpa eius caruit pretio rei suæ, si primo modo egerit, non quæritur quidquam de pecunia, sed solum de re agitur, an scilicet ea venditor caruerit culpa emptoris, & an hoc suapte natura

damnoſum ſit,cumque neutrum in dubium poſſit reuocari, quia agimus de re frugiſera, nulla dubitatio eſſe debet, quin eius poſtulatio compenſationem deſideret.

8 Cum verò conqueritur venditor, quòd pretio rei ſuæ culpa emptoris caruerit, aliter res ſe ſe habet, cũ enim hoc ſuaptè natura nõ afferat damnũ, is, qui hac de cauſa compenſationem petit, debet plenè probare ſibi damnoſam fuiſſe moram debitoris. Cum verò dicimus vſuras indiſtinctè venditori deberi, agimus de eo, qui conqueritur ſe culpa emptoris re ſua caruiſſe.

9 Ex quo intelligimus, an vẽditori, de quo agimus, liceat petere pluſquàm ex re percepiſſet, qua de re tractant Cagnol. *in d.l.curabit*, *num.*24. Gabr. *tit. de empt.& vendit.concluſ.*4.*nu.*2.& 3. Couar. *lib.*3. *var.cap.*4. *num.*2. *verſ.ex quibus infertur.* Lupus *de vſuris comment.*1.§.7.*nu.*138. D. Polid. Ripa *obſeruat.*168.*poſt* Ioſeph. Lud. *concluſ.*76. Io. Petr. Bimi.*conſ.*137.*nu.*34 *in* 2. ſi enim venditor conqueratur, quod culpa emptoris re ſua caruerit, tunc euidens eſt nihil amplius eũ petere poſſe, quam ob culpam huiuſmodi fuerit damnificatus, & ideò eius poſtulatio ad emolumenta ipſius rei reſtringi debet, ſi verò quæratur culpa emptoris pecunia ſibi promiſſa caruiſſe, licebit ei poſtulare, vt damnum, quod emptor ſua culpa attulit reſarciatur, hoc autem cum emolumenta rei longè excedere poſſit, non eſt dubitandum eum tunc petere poſſe plus, quam ex re percepiſſet, aduerſariumque eius eſſe condemnandum, ſi in mora fuerit, & de damno emergenti conſtiterit, vel de lucro ceſſante.

10 Huius aſſertionis veritas ex eo manifeſta eſt, quòd ius naturale iubet, eum qui damnum dedit, damnum reſarcire, qua de cauſa indiſtinctè vnicuique conceditur agere ad id, quod ſua intereſt ſibi in tempore non fuiſſe ſatisfactum, cum enim nulla cauſa extet cur contrarium in venditore conſtituatur, non poſſumus venditori hoc beneficiũ, ſine iniuria, adimere.

11 Nec his aduerſantur *l fin. ff.de perit.& commod. rei vendit.* dum inquit, *Venditori, ſi in pretio ſoluendo moram fecerit, vſuras duntaxat præſtabit, non omne omninò, quod venditor mora non facta conſequi potuit, veluti ſi negotiator fuerit & pretio ſoluto ex mercibus plus, quàm ex vſuris quærere potuit.*

Quoniam animaduertẽdum eſt duplicem quæſtionem circa hunc tes. excitari poſse. Prima, an debitor moroſus teneatur de lucro ceſsante. Secũda, ſi regulariter tenetur, an ſpetiale ius cõtra venditorem obſeruandum ſit, ſi de prima quæſtione agatur, ingens altercatio eſt apud DD. *in l. vnica, C.de ſent. quæ pro eo quod intereſt profer.* an de iure Digeſtorum peti potuerit id, quod intereſt ratione lucri ceſsantis, quod negat ibi Gloſs. *in verbo veteres*, & alij ſequuntur, de quibus Cagnol. *ibi nume.*35.& 38. contrarium verò ibidem exiſtimauit Bart. *col.*8.*verſ. venio ad vltimum*, cui non deſunt ſectatores; quidquid ſit regula conſtituitur a DD. debitorem moroſum hoc tempore teneri ad lucrũ ceſsantem debitis concurrentibus circunſtantijs *per d.l. vnicam ad finem*, conſule Couar. *lib.*3. *var. cap.*4.*num.*2. Crauet. *conſ.*912. *nu.*11. Surd. *de aliment.tit.*1.q.45.*nu.*28. Menoch. *conſ.*7. *a num.*16. *lib.*1. Gail. *lib.*2.*obſeruat.*5.*nu.*14.& 15. vbi Greuetus, Io. del Caſtill. *par.*1. *controuerſ. cap.*1. *numero* 14.& 15.

12 Quod verò ad aliam quæſtionem pertinet, illud exploratum eſt non eſse affirmandum ſpetiale ius contra venditorem fuiſse hac in re introductum, niſi cauſa afferatur, cur durius cum ipſo, quã cum alijs fuerit actum, cum non vno loco iuris noſtri conditores affirmauerint eius cauſam ſummã continere æquitatem *l.*2.*C.de vſur.l.Iulianus, §.ex vendito, ff.de act.empt.* & ideò ſi admittimus *in d.l. fin.* ſpetialiter de venditore caueri, ne intereſse lucri ceſſantis petere poſſit, non poſsumus aliam afferre huius rei cauſam, quam eam, quæ proponitura Io. del Caſtillo *d.cap.*1. *num.*39. quia ſcilicet venditori licebat certam vſurarum quantitatem exigere, etiam ſi fructus quos recepturus erat, tanti non valuiſsent, cum enim emptor in eo grauatus eſset, vt interdum plus vſurarum nomine solueret, quam es re venditor erat percepturus, æquũ erat, vt viciſſim, quãdoque minus ſolueret, quam intereſſet venditoris pretium non fuiſſe in tempore numeratum, quo admiſſo tex. huiuſmodi nobis non nocet, quia cum hodie certa vſurarum quantitas ſublata ſit, non alias enim vſuræ quam ratione damni emergẽtis, vel lucri ceſſantis debentur, ſublatum vtique eſt fundamẽtum huiuſmodi tex. & proindè eius deciſio obtinere non poteſt, nam vbi ceſſat fundamentũ, cui lex innititur, ipſa quoque corruit *l.adigere.§.quamuis, ff.de iur.patron.* ex huiuſmodi enim fundamento hanc legem pendere indubitatum eſt, cum nõ ſit iuſtum auferre venditori ius petendi id, quod ſua intereſt ratione lucri ceſſantis in ijs caſibus, in quibus iure naturæ id conceditur, niſi damnum ei illatum aliqua ratione reſarciatur.

13 Caueat ergo diligenter venditor, & examinet, an ſibi expediat magis conqueri, quod re, vel pretio caruerit, culpa emptoris, quod ſi queratur, culpa emptoris re ſua caruiſſe, poterit petere q̃dquid induſtria ſua ex re percepturus erat, & ex fructibus eius, idque optimè docuerunt Cagnol. *in d.l. curabit, num.*88. Couar. *d.nu.*2. *verſ.ſecundo eadem ratione.* Honded. *conſ.*30. *nu.*21.*lib.*1. & alij ab his relati, & iure meritò, quia negligentia, aut imperitia emptoris, qui minus ex re percepit venditori nocere non debet.

14 Cum verò venditor conqueritur, quòd culpa emptoris re ſua caruerit, facilè conſtat, quid ſit illud, quod ei culpa aduerſarij abeſt, frumentum nempe, oleum, vinum, & alia fructuum genera, quæ es re percipiuntur, & ideò eius poſtulatio debet continere petitionem fructuum, quos ex re percepturus erat, & proindè certa pecuniæ quãtitas non erit tunc petenda, quia aliud pro alio inuito debitore non poteſt peti *l. cum quid, ff. ſi cert. petat.* & hæc eſt ratio cur emptor eoſdemmet fructus venditori tradere debeat, quos percepit, & in pecunia ſupplere id, quod deeſt quãtitati fructuũ, quos ſe amplius percepturum fuiſſe venditor probauerit, ſi modò melioris conditionis fructus ſe fuiſſe percepturum venditor non probauerit.

Quod ſi fructus non extiterint eo iure res explicabitur, quo vtimur aduerſus debitores certarum

tarum

tarum rerum, cum ipsæ amplius non extant.

15 Cum itaque probare tunc debeat vēditor, quos fructus percepturus erat ex re vēdita, vt obtineat, sequitur eum hoc nomine nihil obtinere posse, cū constat eum ex re, nihil perceptorum fuisse, etiam si aliquos fructus ex ea re emptor perceperit, quia tunc damnum non fuit passus culpa emptoris, atque ita docuerunt multi, de quibus Cagnol. *in d.l. curabit, num.* 28. Couar. *lib.* 3. *var. cap.* 4. *num.* 3. *vers. quibus ni fallor.* Lupus *de vsur. comm.* 1. *d.* §. 1. *nu.* 141. aliud tamen visum est Baldo, & nonnullis alijs, de quibus Ant. Gabr. *de empt. & vendit. conclus.* 4. *ampliat.* 6. quorum sententia tūc admitti potest, cum venditor probat se damnum sensisse, vel lucrum omisisse ob moram emptoris in solutione pretij factam, tunc enim non quæritur, quid de re acceperit, sed an ob moram emptoris venditor senserit damnum, & è contra, cum venditor conqueritur se damnum sensisse ob moram emptoris in solutione pretij, nihil probandum erit præter quam ipsum damnum, & per se non stetisse, quominus rem venditor haberet, neque enim tunc opus est probare, se rem emptori tradidisse. vide Couar. *d. c.* 4. *num.* 7. *vers. ideò.* Lup. *num.* 161.

16 Exposuimus rationem, qua receptū fuit apud nos, qui vsuram crimen esse existimamus, venditorem vti posse dispositione *l. curabit, C. de act. empt.* cum emptor morosus est in soluendo pretio, nunc est explicandum, quando ei locus sit.

Primò autem exponere oportet, an, vt sit ei locus, necesse sit venditorem, qui rem tradidit, sibi reseruare dominium, quousque pretium ei fuerit numeratum, qua de re tractant Abbas *cons.* 66. & 76. *in* 2. *dub. lib.* 1. Alex. *cons.* 12 1. *lib.* 5. Soc. *cons.* 88. & 176. *lib.* 1. Cepol. *cautel.* 725. Couar. qui alios refert *lib.* 3. *var. cap.* 4. *num.* 4. Lupus *de vsuris commentar.* 1. §. 7. *num.* 143. D. Fachin. *lib.* 2. *controuers. cap.* 32.

Ego illis assentior, qui negant hoc necessarium esse, nam ex dictis patet nihil referre, an dominiū translatum fuerit, vt liceat venditori conqueri de emptore, quod eius culpa re sua, vel pretio sibi promisso caruerit, cum ius ipsius in eo consistat, quòd culpa emptoris fructibus rei caruerit, vel amiserit lucrum, damnumve perpessus fuerit ob moram sibi in solutione pretij factam.

17 Valde tamen vtile est venditori reseruare sibi dominium, quoniam, si paciscatur, vt, quò ad pretium solutum fuerit, certum aliquid soluatur ex titulo locationis, conuentio sustinebitur *l. sicut emptio* 23. *ff. de locat. & conduct. & l. sequenti, l. serui emptor* 16. *ff. de peric. & commod. rei vend.* quod etiā admittit Cuiac. *lib.* 16. *obser.* 21. & ideò tunc non erit tractandum nec de quantitate fructuum, quos venditor percepturus erat, nec quid ipsius interfuerit pretium non fuisse solutum, quoniam in con tractu locationis similes quęstiones nec solent, nec debent excitari.

18 Et ideò non possum assentiri D. Polidoro Ripæ *obser.* 168. *a num.* 4. dum existimat in hac specie quantitatem pensionis moderandam esse iuxta fructuum quantitatem, quia aliud est exigere pensionem vi conuentionis, aliud eam petere ex dispositione *l. curabit*, cum enim quis ius suum ex huiusmodi lege deducit, ad eius normam suam debet redigere postulationē, & proinde licet plus contineat pactum inter partes initū, quam ex e d. l. venditor consequi possit, tamen, secundum modum in ea præscriptum, moderanda est res, quia pactum eatenus valet, quatenus huiusmodi leg: conforme est, consule Lupum & allegatos a b ipso *d.* §. 7. *nume.* 146. neque enim ratio patitur, vt pactum in executionem legis factum plus contineat, quam lex ipsa tribuat, de qua re infra latius.

19 Quando verò conuentionis iure se tueatur actor, tunc tenor ipsius est inspiciendus, & secundum ipsum res est expedienda, nisi aduersarius obtinuerit eam moderari, *iuxta l.* 2. *C. de rescindend. vend.* & proindè in specie nostra nihil est, quod de quantitate fructuum quæratur, cum ex locationis contractu venditor suam fundat intentionem, qui cum non pendeat ex quantitate fructuum, quos percepturus venditor fuerat, non potest sub hoc prætextu impugnari, & ex his etiā refellitur Dec. *cons.* 179. *num.* 12.

20 Cum autem venditor, qui dominium sibi reseruauit, rem locat emptori, quousque pretium fuerit solutum, quemadmodum contractus sit concipiendus, videamus. An dicemus rem pro certa mercede locandam esse, quousque integrè pretium fuerit solutum? non æquidem, quia iniquissimus contractus esset, quia solueret mercedem pro ea parte rei, cuius pretium numerauit. An dicemus rem locandam esse, ita vt soluat certum quid annuum pro rata parte pretij non soluti? nec istud quidem, cum enim de locatione rei tractatur, & de constituenda pensione non habetur ratio pecuniæ promissæ, & non solutæ, sed rei locatæ.

21 Quid ergo agendum erit? conuentio, vt mihi videtur, sic ineunda erit, vt emptor possit suo iure vti, & frui re vendita pro rata pretij soluti, reliquā autem partem iure conductionis retineat: in constituēda autem mercede videamus, an haberi possit ratio pretij non soluti, ita, vt possit venditor conuenire, vt partis locatæ pensio soluatur secundum modum pretij, quo res distracta fuit, puta, vt pro parte valente centum aureos soluantur quinque, aut sex, plus, minusve singulis annis, hoc enim continet partis locatæ demonstrationem, & certam pensionem, quod exemplo planum fiet.

22 Titius vendit prædium Seio bis mille aureis, & retento sibi dominio rem tradit, ita vt re vtatur pro rata pretij soluti, cumq̄ue reliquam partem ei locare velit, quousque pretium fuerit numeratū, necesse est hasce partes inter se distinguere, cumque velint rem indiuisam manere, necesse est partes sic constituere, vt diuisio non introducatur, hoc autem non potest fieri rem diuidendo per terminorum positionem, sed id debet fieri per distinctionē iuris, quod quisque eorum habet in re, hoc autem commodissimè fit ea ratione, quam indicauimus, nam ex numeratione pretij apparet ius, quod vterque in re habet.

23 At dices pensionem sic constitutam iniustam esse, quia tanti res non solet locari; respondeo hāc quæstionem facti esse, quæ ad hanc dispositionem non pertinet, & ideò eam omitto; scias tamen quod si venditor in iudicio huiusmodi conuentio-

ne vtatur, ex ecu tiuoque proceſſu rem expediri inſtet ſecundum illud ius, quo vtimur, executio non erit retardanda ſub prætextu, quod modum excedat, hæc enim exceptio altiorē poſtulat diſcuſſionem, atque ita rectiſſimè docuit D. Polid. Ripa *d. obſer. 168. a num. 5.* cum verò de re conſtat, non debemus eſſe admodum ſolliciti de verbis contractus, quę a notarijs imperitè, non rarò, conſcribuntur *l. in ſtipulationibus, ff. de verb. oblig.* & ideò non poſſum aſſentiri Dec. *conſ. 119. num. 12. verſ. ſecundo reſpondetur*, dum contrarium ſcribit.

24 Secundò exponere oportet, quid proſit conuentio partium taxantium id, quod venditori ſoluendum eſt, ſi mora facta fuerit in ſolutione pretij, nulla autem contingere poteſt dubitatio, quin id, quod lex huiuſmodi iubet præſtari venditori, in ſtipulationem poſſit deduci, dubitatio etiam nulla adeſſe debet, illicitam eſſe conuentionem, cum plus venditori tribuit, quam lex ei concedat, ſupponimus enim ex diſpoſitione ipſius non iure cōuentionis, ius venditoris pendere, & ideò DD. admittentes hoc pactum, dicunt eum debere correſpondere fructibus, vt conſtat ex DD. relatis a Rota Romana *p. 1. diuerſ. deciſ. 340. num. 2.*

25 Dubitatio itaque in eo conſiſtit, an partium conuentio efficiat, vt venditor non teneatur probare id, quod alias eum probare oportet, vt in huiuſmodi iudicio obtineat, qua in re Dec. *conſ. 119. num. 10. verſ. negari non poteſt, & num. 11. & 12.* negatiuam partem tuetur, affirmando inſuper executionem, quæ alias inſtrumentis publicis concedi ſolet, inſtrumento huiuſmodi conuentionis eſſe denegandam, niſi actor per legitimas probationes oſtenderit, tantundem ſibi deberi, quantum in pacto continetur, idem ſcribit *conſ. 183. num. 3.* aduerſus quem diſputat Pariſ. *conſ. 60. num. 29. cum ſequentibus lib. 1.*

26 Decij opinionem ſequor, cum enim clari iuris ſit, eum, qui ſuam fundat intentionem in conceſſione conditionali, debere prius docere conditionem extitiſſe, non poteſt in dubium reuocari, debere venditorem petentem certum quid beneficio huius legis, docere ſe percepturum fuiſſe ex re id, quòd petit, quia eius diſpoſitio reſtricta eſt ad id, quod ipſe ex re percepturus fuerat, id autem huiuſmodi ex conuentione probari nō poteſt, quia cum incertum eſſet tempore, quo inita fuit, quidvè, quantumque percepturus fuiſſet venditor, id, quod in ea expreſſum eſt, non poteſt eſſe ſatis ad id, quod quærimus, probandum, incertum inquam erat, quia prædiorum redditus incertus valde eſt, & magnæ obnoxius varietati, & hæc eſt differentia, quæ eſt inter rem noſtram, & maritum conuentionem ineuntem ſuper interuſurijs, *iuxta cap. ſalubriter, de vſur.* nā facilè eſt intelligere, quid expenſurus ſit maritus ducta vxore amplius, quam facere ſoleat, cum modicam hæc res ſuſcipiat varietatem.

27 Opinio tamen Pariſij recipi poteſt, cum agitur de venditore prædiorum vrbanorum, nam plerumque accidit modicam circa eorum penſionem varietatem accidere, idem obſeruandum erit in prædijs ruſticis, quæ venditor locaturus erat eo tempore, quo venditio contracta fuit, vel nō multò poſt, cum enim haud difficilè eſſet tunc conſtituere, quanti locaturus fuiſſet, conuentionem partium, de qua agimus, veluti de re partibus cognita, ſequi iudex debet, niſi ex aduersò de eius iniquitate doctum fuerit.

28 Quod ſi inclementia cœli, aut alia ratione fructuum iactura facta fuerit, vel ex prædio vrbano ob aliquem aduerſum caſum non potuerit ſolita vtilitas percipi, conuentio ne huiuſmodi erit obſeruanda? Æquiſſimum eſſe exiſtimo remiſſionē fieri oportere eo modo, quo conductori facta fuiſſet, cum enim ex quantitate penſionis, quam conductorem ſoluturum fuiſſe veriſimile erat, cōuentio pendeat, ratio poſtulat, vt eius fortunam ſequatur, niſi docuerit venditor ſe conductorem, qui abſque iure petendæ remiſſionis ob ſterilitatem, eandem penſionem, vel non multò minorem ſoluturus erat, in promptu habuiſſe, quod facilè exiſtimandum eſt, ſi ſolitū ſit in conductionibus huic beneficio renunciari.

29 Non omitto autem Didacum Couar. *d. cap. 4. num. 6.* exiſtimare fieri poſſe pactum de ſoluenda certa quantitate, quæ fructus excedat, dummodò fiat in vim annui redditus redimibilis, in hunc modum, vt emptor conſtituat ſe ſoluturum venditori certam annuam quantitatem, donec pretium apud ſe retineret titulo annui redditus conſtituti ſuper re vendita; aduerſus quem inſurgit Lupus *d. §. 7. nu. 146.* & rectiſſimè, quia cum venditor rei nolit pretium ipſius apud emptorem manere, non poteſt in hac ſpetie introduci contractus cenſus, cum eius natura ſit, vt pretium ipſius penes venditorem maneat liberè, vt omnes norunt. Non omitto interim ex conſtitutione Pij Quinti pretium cenſus debere in pecunia numerata conſiſtere.

De eadem materia. Cap. XXVIII.

1 Tertiò explicandum eſt, an diſpoſitio *l. curabit, C. de act. empti*, quam præ manibus habemus, habeat locum, cum ex parte ſua venditor, qui rem tradidit, non impleuit, veluti, quia non dedit fideiuſſores euictionis, quos dare promiſerat, vel aliud omiſſum fuerit ex ijs, quæ emptori promiſit.

Locum eſſe diſpoſitioni huius legis poſt Bal. & Caſtr. *in l. 2. C. de vſuris*, & alios quoſdam, ſcribit Couar. *lib. 3. var. c. 4. nu. 6. verſ. duodecimo infertur*, & hæc eſt communis opinio, teſte Cagnol. *in hac lege num. 31.* & ſequitur Lupus *de vſuris, comment. 1. §. 7. num. 142.*

2 Contrariam ſententiam non obſcurè inſinuat Bald. *in l. 1. num. 5. C. de bon. matern.* quem ſequitur Afflict. *deciſ. 20. num. 5.* pro eadem ſententia allegantur a Lupo Socin. ſen. *conſ. 88. num. 17. & conſ. 103. nu. 24. lib. 4.* Corn. *conſ. 59. col. vlt. lib. 3.* Pariſ. *in cap. cum venerabilis, de except.*

3 Vt huius diſputationis veram deciſionem aſſequamur, aduertere oportet in duplici ſpetie poſſe hanc queſtionem diſputari. Primò ſi venditor dominium tranſtulerit. Secundò ſi illud ſibi referuauerit. Cumque venditor transfert dominium in emptorem, verius eſſe exiſtimo, nihil venditorem ab emptore petere poſſe, cum enim fructus rei ad

ad dominum spectent, nihil iuris venditor directè habet super huiusmodi fructibus, indirectè etiam habere non potest, quia nihil est, quod emptori imputari possit, cum culpa careat; neque enim pretium soluere tenebatur prius, quam ex parte debitoris promissio impleta fuisset, hoc enim in hac quę-
4 stione supponitur, quod clarius hac ratiocinatione explicabo, quod quis teneatur alteri fructus rei suę tradere, oriri potest ex iure, quod ille habeat in re, vel ex conuentione, vel ex legis dispositione. Is de quo agimus nullum ius habet in re, quia liberè dominium in emptorem transtulit, nullam etiam supponimus factam fuisse conuentionem, vt fructus venditori tradantur, ergo nulla causa est, cur existimemus ad id emptorem teneri, cũ nulla lex existat, quæ id iubeat (leges enim de hac materia loquentes non tractant de hac specie) aut causa idonea adsit id iubendi, cum nihil sit, quod empto-
5 ri imputari possit, quod enim ex aduersò dicitur, non esse æquum, vt quis re, & pecunia fruatur, in promptu responsio est, emptorem pecunia frui nõ posse, cum oporteat eam in promptu habere, vt, quandocumque venditor ex parte sua impleuerit, eam possit numerare, ne in iacturam incidat, vt interim omittam hanc rationem nõ esse satis ad id, quod quærimus introducendum, vt luculenter ostendi c. antecedenti nu. 2. cum sequentibus.

6 Sed quid, si conuenerit inter partes, vt in specie de qua agimus fructus huiusmodi soluantur, valebit ne conuentio? negatiuè respondeo, cum enim apud nos non possit quis pacisci aliquid sibi dari vltra sortem, nisi ob id, quod sua intererit sortem non fuisse solutam, *c. 4. de vsur. Clem. vnica, de vsuris*, huiusmodi conuentio non potest subsistere, cum in casu in quo non adest mora debitoris, eius quod interest nulla petitio sit, & quia in hac specie sibi venditor imputare debet, non debitori pretium non fuisse numeratum.

7 Agamus nunc de ea specie, in qua dominium non fuit translatum in emptorem, cumque conuenerit inter partes, vt fructus sint venditoris, aut aliquid pro eis venditori soluatur, res ad fauorem ipsius manifesta est, quia nihil est, quod huic conuentioni resistat, cum res eius sit; si verò nulla cõuentio facta fuerit, quæstio in eo consistit, an tradendo rem, ius percipiendi fructus in emptorem transtulerit, hoc enim si admittimus, ea quæ aduersus venditorem in superiori specie vrgent, in hoc casu locum sibi vindicant.

8 Non transtulisse autem venditorem huiusmodi ius suadere videtur regula *l. cum de indebito, de probat.* neminem scilicet præsumi iactare suum, & id, quod passim nostri scibunt, errorem, stultitiamque potius præsumi debere, quam donationem.

Contra eum verò maximè vrget, quod nulla causa erat, cur res traderetur emptori, si noluisset ad eum fructus pertinere, & quia hoc nimis distat a moribus, quibus viuimus, quis enim vidit, aut audiuit aliquem rem, cuius fructus ad se pertinere voluit, tradere ei, ad quem non vult eam pertinere, nisi accepto pretio? & hæc coniectura potentior, mea quidem sententia, videri debet iudici, cuius religioni quæstiones voluntatis committuntur *l. 7. C. de fideicommissis*.

9 Quod si venditor existimabat, se haud difficilè posse adimplere id, quod promisit, res explorata contra eum videtur, cum enim existimaret breui tempore suæ se posse satisfacere obligationi rem tradendo, non existimabat se de suo aliquid emptori largiri, & proindè tunc euidenter cessat regula *d. l. cum de indebito*.

10 Quartò tractare oportet, an ad fauorem venditoris, qui dilationem emptori concessit ad soluendum pretium, habeat locum lex nostra.

Animaduertere autem oportet hanc dilationẽ tempore contractus fieri posse, vel post contractũ perfectum; item venditorem, de quo agimus reseruauisse sibi dominium, vel illud in emptorem transtulisse; necnon venditorem specialiter conuenisse, vt fructus huiusmodi sui essent, vel id dispositioni legum remisisse.

11 Cum agitur de venditore, qui dominium sibi reseruauit, & pactus fuit, vt fructus sibi traderentur, vel aliquid eorũ vice, conuentio obseruanda erit, siue dilatio tempore initi contractus facta fuerit, siue post, atque ita censent Cagnol. *hic nume. 63.* Lupus qui alios recenset *d. commentar. 1. §. 7. num. 148.* etenim, cum res in dominio venditoris maneat, eius est fructus percipere, & proinde conuentio, vt vice eorum certum quid sibi singulis annis exsoluatur, conductionis contractum continet, qui propterea obseruandus erit, cum vndequaque iustus sit, in cęteris enim terminos habiles supponimus, aliud tamen consuluit Dec. *cons. 119. nu. 10.* aduersus quem insurgit Modernus Parisiensis ibi sequendo Socin. *cons. 176. lib. 2.* qui contrarium in eodem casu consuluit.

12 Cum verò non fuit reseruatum dominium, nec facta pactio circa huiusmodi fructus, existimo eos non posse a venditore peti, quod etiam docet Couar. *lib. 3. cap. 4. num. 5. vers. ego sanè*, cum enim res emptoris facta fuerit, eique data ad soluendum dilatio, iuris ratio non patitur, vt, quò ad tempus, quo dilatio durat, fructus venditori tradere teneatur, nã ex re sua eos percipit, & culpa caret, æquitasque offenderetur, quia cũ datur dilatio ad soluendum, carius res venditur, quàm fieret si tempore contractus pretium fuisset numeratũ, intra latitudinem tamen iusti pretij.

13 Quid si reseruatum fuerit dominium, nullaque facta de fructibus pactione, res emptori tradatur, fructuùne pertinebunt ad venditorem? negatiuè respondeo, quoniam venditor tradendo rem vacuam emptori, nulla facta de fructibus mentione eorum percipiendorum, ius tribuisse videtur emptori, neque enim ei rem absque fructuũ mentiones tradidisset, si eos ad se pertinere voluisset, hucque trahi non debet regula *l. cum de indebito, ff. de probat.* quia, cum soleant homines carius, intra latitudinem tamen iusti pretij, data dilatione vendere, non sequitur, ius percipiendi fructus largitus est, ergo ius suum iactauit, in promptu enim responsio est, eum, cum contractum fecit, hæc ante oculos habuisse, proindeque verisimile est pretium rei suæ ita statuisse, vt indemnis conseruaretur.

14 Quartò explicandum est, quid si venditor non

referuauerit fibi dominium, pactionem tamen circa fructus conscripferit, an huiusmodi pactio valeat, qua de re contendunt nostri, nam negatiuam partem tuetur Io. Anton. de Rubeis *conf.* 88. post nonnullos quos refert, eandem fententiam habuerunt etiam Socin. Dec. Crauett. Siluanus, quos refert Lupus *d. §. 7. num.* 145. *in princ.*

15 Contrariam tamē post Castr. *in l. Iulianus, §. ex vendito, nu. 3. ff. de act. empt.* fcripferunt Dec. Corn. Alciat. Cagnol. quos fequitur Couar. *d. cap. 4. nume. 5. verf. ergo fanè*, cum quibus fentit Lupus *d. §. 7. nu.* 145. *verf. verum*, vbi alios addit.

Dubitatio ex eo pendet, an vēditor maiori pretio rem distraxerit, proptereaque dilationem huiusmodi concesſit, nam hoc admiſſo ceſſat æquitas, propter quam vfuræ venditori præftantur, *iuxta l. 2. C. de vsur. l. Iulianus, §. ex vendito, ff. de act. empt.* neque enim æquum, & bonum patitur, vt duplicem compenſationem creditor, ob eandem cauſam obtineat. Cum verò nemo iactare fuũ æſtimetur, veriſimilius eſt in conſtituendo pretio habitam non fuiſſe rationem temporis ad illud foluendum conceſſi, quia emptor non fe obligauiſſet præterea ad fructus, feu interufuria foluenda.

16 Rem clarius declaro. Certi iuris eſt iuſtum pretium latitudinem habere, diuidi enim folet in vile, rigorofum, & medium; item conſtat homines, cum non præſenti pecunia vendunt, de rigorofo pretio non folere tantum diminuere, quantum facerent ſi pecunia numeraretur. Venditor ergo, de quo agimus, dum certum quid annuū fibi ſtipulatur, quouſque pretium fuerit fibi numeratum, quantitatem huiuſmodi velut partem pretij conſiderat, non autem velut vſuram pecuniæ non ſolutæ, & ideò conuentio valida eſt, & erit obſeruāda, ſi modo de iniuſtitia eius doctum non fuerit, *iuxta l. 2. C. de reſcindenda.*

17 Cum autem dilatio conceditur emptori, quouſque venerit occaſio emendæ rei alicuius immobilis, quæ pro cautione eius obligari debeat, apparet dilatum tempus incertum futurum eſſe, ideò tunc non videtur admittenda huiuſmodi opinio, cum dilatio non ſit talis, vt propter eam pretium augeri ab emptore debuerit, & ideò exiſtimo tunc conuentionem, de qua agimus, non valere, licet aliud probauerit D. Polidor. Ripa *obſer. 19. a numero* 4.

18 Quintò exponendum eſt, an ad fauorem emptoris huic legi ſit locus, ſi ſcilicet venditor morā ſibi fecerit in traditione rei, idque placet Bal. Soc. Caſt. Cagnol. quos refert, & ſequitur Lupus *de vſuris, comment. 1. §. 7. num.* 155.

Quæ opinio veriſſima eſt, ſi rectè intelligatur, videlicet ex die, quo venditor debebat rem tradere, cum enim, antequam tradat, maneat eius dominus, *l. quoties, de rei vendic.* non poteſt cogi alteri fructus rei tradere, niſi ob culpam, quæ in eo nulla eſt, cum nondum venerit tempus, quo rem tradere debet; ex quo corruit id, quod ſcribit Bar. *in l. Iulianus, §. offerri, de act. empti num. 3. verſ. iuxta hoc*, quem ſequitur Salic. *in l. curabit, verſ. ſed tuæ*, quod ſcilicet emptor, qui partē pretij ſoluit, poſſit ſoluto integro pretio fructus pro rata petere per *l. fin. in fine, C. de fund. dotali.* Vbi autem venit tempus rei tradendæ, tunc manifeſtum eſt eum culpa ſua efficere, ne fructus rei emptor habeat, & proindè tenetur rependere quantum ex huiuſmodi re percepturus erat.

19 Dicet aliquis, ſi emptor dixerit, ſi ego credidiſſem rem traditam non fuiſſe, ipſam non emiſſem, nec pretiū numerauiſſem, pretio itaque careo culpa venditoris, rependat ergo mihi quicquid mea intereſt pecunia huiuſmodi me caruiſſe, iuſta ne poſtulatio erit? Reſpondeo, emptorem debuiſſe habere pecuniam paratam, vt quandocunque venditor rem tradidiſſet, eam poſſet numerare, itaque pecuniam huiuſmodi non poterat in ſuos vſus cōuertere citra offenſionem conuentionis, & ideò hoc nomine non poteſt dicere ſua intereſſe pecuniam huiuſmodi penes ſe non habuiſſe.

20 Quod ſi eiuſmodi ſpecies inciderit, vt prius res tradi, deinde pretium numerari debeat, venditor qui tempore conuento non tradidit rem, tenebitur ad fructus erga emptorem, & emptor nihil vēditori præſtare tenebitur ratione pretij, quod retinuit, quia emptor culpa quidem venditoris fructu rei priuatus eſt, venditor autem culpa ſua pretium non habuit. Quod ſi eodem tempore numerandum eſſet pretium, & res tradenda, debebit emptor interpellare venditorem, oblatoque pretio eum in mora conſtituere, quo facto ius petendi fructus habebit, cum culpa venditoris eis careat, ſicque docuerunt Couar. *lib. 3. var. cap. 4. num. 7. verſ. eadem ratione.* Lupus *d. §. 7. num.* 162. *verſ. ad hoc*, quo loci ſubdit Couar. emptorem teneri pretium conuentum reddere venditori vna eum lucro, quod fortaſſis ex ipſo cępit, etiam ſi illud venditor non erat percepturus, quod bona tanti viri pace dictū ſit vſuram manifeſtam continet, quia, vt quis vltra id, quod conuenit, aliquid ſoluere cogatur, neceſſe eſt, vt culpa ſua damnum abſtulerit, directè, vel indirectè auferendo lucrum, nam exigere aliquid vltra ſortem ſub alio prætextu vſura eſt, quæ non permittitur *cap. 4. de vſur. Clem. vnica, eod. tit.* in ſpecie enim huiuſmodi vtrunque deeſt; quod ſi venditor ex pretio lucraturus aliquid fuerat, idem obſeruabitur, ſibi enim amiſſionem lucri acceptam ferre debet, non emptori.

Non rectè etiam Lupus ſcribit emptorem, qui offerendo pretiū, venditorem conſtituerat in mora, poſſe non modo petere quantum ex re percepturus fuerat, ſed etiam plus, veluti ſi pro pretio venditori oblato, alteri, a quo illud acceperat vſuras conſequi poterat, vel ſi alia de cauſa occaſione pretij damnum ſenſerit, vel lucrum amiſerit, quod ante eum ſcribit Bald. *in l. 5. C. de vſuris*, cum enim emptor aduerſus venditorem nihil aliud proponat, quam eum conuentionem non obſeruaiſſe, ab eo non poteſt petere compenſationem damni, quod aliūdè venit, prout eſt id, de quo agit Lupus, nam iuxta tenorem conuentionis ad ipſum pertinebat pretium huiuſmodi comparare, & in promptu habere, quod rectiſſimè animaduertit Salic. *in d. l. 2. num. 3. ad finem verſ. hoc non percipio*, vt interim omittam ipſum vltrò venditorem interpellauiſſe ad rem tradendam oblato pretio, cū enim pretium a ſe non peteretur, poterat ab huiuſmodi damno

damno immunem se cōseruare rem sibi tradi non postulando.

21 Sexta dubitatio est, an huic legi locus sit ad fauorem eius, qui vendidit actionem, quam habebat ad rem, an scilicet venditor possit agere aduersus eum, cui actionem vendidit ad fructus ex reab ipso perceptos pro rata temporis, quod distulit pretium numerare, qua in re distinguo, aut pactum factum fuit de fructibus soluendis, quousque pretiū non fuisset solutum, aut nullum fuit hac de re conscriptum pactum. Si pactum conscriptum fuerit, puto valere pro rata fructuum perceptorum, secutus auctoritatem amplissimæ Rotæ Romanę, quę ita docet *decis.340.par.1.diuers.* & ea ratione motus, qua in antecedenti capite eam sententiam secutus sum, quæ docet venditorem, qui sibi non reseruauit dominium posse pacisci, vt fructus rei ad se pertineant, quousque pretium fuerit solutū pro rata tamen pretij non soluti.

22 Quod si pactum non fuerit conscriptum, aliud existimo, cum enim res sub lite esset, non potest dicere venditor se carere fructibus rei culpa emptoris, cum incertum esset, an ipse rem obtenturus, & quo tempore obtenturus fuisset, quod enim dicitur non esse æquum eum frui re, & pretio, vt cętera omittam, non potest nocere emptori in hac specie, quia ipse replicabit, diligētia, & laboribus meis hoc commodum consequutus sum, quod iniuria tibi displicet, nisi ostenderis hac ratione damnum aliquod te sentire, quod enim tibi non nocet, & mihi prodest, æquitas vult, vt concedatur, etiam si iure deficiamur, *l.2.§ item Varus, ff.de aqua pluuia arc.* quod si venditor replicauerit culpa tua pretio rei meç carui, ille respondēdo, Si quid tua interest pretium non fuisse numeratum compensabo, suo muneri cumulatissimè satisfaciet, nisi enim mora ex parte debitoris fuerit damnosa, eius gratia vltra fortem solui iura nostra non finunt *cap.4.de vsuris.*

23 Septimò dubitatur, an procurator, qui nomine domini emit prædium, & ex suo soluit pretium, si rem possideat, an fructus rei sibi retinere possit, quousque dominus pretium ei non restituerit, qua in re Bald. *in rub.C.de contrah.empt.quęst.15.nu.15.* contra procuratorem respondit, eumque sequuntur Ias. *in l.s.§.mutui datio, nu.8.fallēt.15.ff.si cert. pet.* Ferrat. *cautela* 54. Couar. *d.cap.4. ante num.8. verf.decimosexto.*

24 Contrariam sententiam tuetur Alciat. *in d.§. mutui datio ad finem,* necnon Lupus *d.§.7. nu.151. verf.sed aduertendum, per l.si verò non remunerandi, §.si mihi ff.mandat. & in l.& in contraria, ff.de vsur.* & quia militat ratio nostræ legis, æquum non esse vt quis re & pretio fruatur.

25 Priorem opinionem sequor, quia cū spontè mādatum susciplatur, non potest conqueri de eo, cuius nomine emit, nisi ex die, quo is in mora constitutus fuerit, & proindè nulla causa est, cur velit eripere rei suæ fructus; supponimus enim rem factam fuisse eius, cuius nomine empta fuit, quod si eum in mora constituerit, & tunc de fructibus rei non est tractandum, sed de eo quod ipsius interest pecuniam sibi non fuisset restitutam, & proindè nullo casu is potest vti dispositione huius legis.

26 Ad iura ex aduersò allegata respondeo, in illis quidem concedi vsurarum exactionem ei, de quo agimus, sed tamen à nobis alleganda non esse, quia aliud ius obseruamus in re vsuraria, quam veteres fecerint, apud nos enim non licet quidquam vltra sortem exigere, nisi ratione eius, quod culpa debitoris perpessi fuimus, vel damnum sentiendo, vel lucrum amittendo, vt post alios explicat Couar. *lib.3. var. cap.4.* quod vtique de procuratore, de quo agimus, dici non potest, cum enim lubens volensque pretium ex sua pecunia numerauerit, non potest conqueri de eo, cuius nomine emit, nisi ex die moræ, quæ vbi aduenerit, petitionem suam ad id debet coarctare, quod sua interfuit, pecuniam non fuisse sibi restitutam, & ideò petere non potest præcisè fructus rei, cum id quod interest in facto, non in iure consistat, *l. id quod interest, de regul.iur.*

27 Ad id quod dicebatur non conuenire æquitati, vt is cuius nomine res empta fuit, re & pretio fruatur, vt cętera omittam, respondeo, causam procuratoris, de quo agimus, diuersam esse à causa venditoris, nam venditor iure dicit ex re sua emptorem lucrum percepisse cū sua iactura, procurator autem id nullatenus dicere potest, cum toto cœlo distet, rem ex pecunia procuratoris emptam fuisse, & rem procuratoris fuisse, & ideò non rectè ad hanc rem trahitur *l.si me & Titium, ff.de reb.cred.si cert. pet.*

28 Octaua dubitatio pertinet ad id, quod scribit Ales. *conf.69.num.3.& 4.* filium scilicet, cui pater iure legitimæ reliquit certam quantitatem, posse ex ratione nostræ legis petere fructus rerum hęreditariarū, quas iure legitimæ consequutus fuisset, si legatum non approbauisset, quod etiam placet Olaic. *decis. 143.nu.5.in fi. & num.3.* Lupo *de vsur. comment.1.§.7.nu.163.* & alijs, de quibus Peregr. *de fideicom.art.36.nu.69.*

29 Ego existimo nostram hanc legem nihil commune habere cum hac re, cum enim non sit liberū patri ius legitimę imminuere *l. quoniā in prioribus, C.de inoff.test.* vtique existimandum est filium, qui accipit legatū, de quo agimus id facere, quia vtilius id esse sibi putat, quam habere legitimam in corporibus hæreditarijs, & ideò non potest quispiam dicere eum esse venditoris instar, quasi res sibi ex corporibus hæreditarijs pro legitima debitis, vendiderit pro ea summa quæ sibi legata fuit; vt interim omittam eū dum iniuit æstimationem legitimæ, corpora hęreditaria cum sua causa ęstimasse, & sic cum iure percipiendi fructus, & ideò non est iterum fructuum rationem habenda, iterū inquam, quia cum nemo, id quod certum est cum re incerta, & dubia commutet, non est existimandum eum ius consequendi fructus corporum hæreditariorum commutauisse cum iure eosdem fructus petendi, postquam sibi quantitas legata tradita fuerit.

30 Quod si contrariam opinionem sequaris, caueas diligenter oportere prius iudicem declarare, quibus in rebus legitima ei fuisset assignāda, si relictam pecuniam repudiauisset, & deindè eorum fructus postulabit; itaque sic libellus concipiendus erit, narrabit patrem decessisse, reliquisseque pro legiti-

legitima certam quantitatem, quam ipſe acceptauit, & quia hæres eam in tempore non ſoluit, vult conſequi fructus rerum, quos habiturus erat, ſi legatum repudiauiſſet, inſtat ergo declarari, quænā res pro legitima aſſignandæ erant legato repudiato, ipſiſque declaratis petat ſibi dari fructus, quos ex ipſis percepturus fuerat.

31 Nonò dubitatur, an venditor, cui de pretio ſatiſfactum fuit, poſſit vſuras, de quibus agimus, poſtulare; qua in re ſic diſtinguo, aut factum fuit pactum de illis ſoluendis, aut res in diſpoſitione iuris manſit; ſi factum fuerit pactum, exiſtimo licere ei vti, poſtquam pretium ei fuit numeratum, quia ea pacto oritur actio particularis, quæ, cū per ſe ſtet, non deſiderat exiſtentiam actionis ex vendito, ſicque communiter docent DD. *in l.4.C.depoſiti*. Ex eo autem, quod emptor camerali obligatione ſe obligauerit, non dicitur pactum de quo agimus conſcripſiſſe, licet enim in obligatione camerali contineatur obligatio ad damna, expenſas, & intereſſe, tamen huiuſmodi obligatio plurimum a re noſtra diſtat, vt enim vſuræ, de quibus agimus, debeantur venditori ſatis eſt, eum rem tradidiſſe, eiuſque fructibus caruiſſe, vt oſtendi in cap. ante cedenti a num. 2. & admittunt DD. vno ore, vt verò ad id, quod intereſt, agi poſſit, neceſſe eſt multa probare, quæ cumulant DD. *in l.vnica, C.de ſent. quæ pro eo quod intereſt*, de quibus per Burſ. *conſ.68.lib.2.* Maſcard. *concluſ.933.& ſequentibus*, Barboſ. *in l.2.in princ.par.1.a num.44.ff.ſol.matr.* Michael Salon. *de iuſt.& iure, quæſt.78.artic.2.con trouerſ.8.9.&* 10. Lud. Molina *de iuſt.& iure tom. 2.diſput.314.cum ſequentibus*, & alij multi, quos longa ſerie recenſet Ioan. del Caſtillo *controuerſ. iur. cap.1.* vbi latiſſimè de eadem re tractat.

32 Si verò pactum nō fuerit hac de re conſcriptū, aliud dicendum eſt, cum enim actione ea vendito agendum ſit, non poteſt venditor ea amplius vti, quia per ſolutionem pretij cōuenti ſublata fuit, atque ita docuerunt Caſtr. *in l.Iulianus, §. ex vendito, num.3.ff.de act.empt.* Odofred. & Salic. *in l.qui per colluſionem, §.1.eod.tit.*

Actione inquam ex vendito vſuras, de quibus agimus, peti, probatur legis auctoritate, & iuris ratione, audi I.C. *in l.Iulianus, §.ex vendito. Ex vendito*, ait ipſe, *actio venditori competit ad ea conſequenda, quæ ei ab emptore præſtari oportet. Veniunt autem in hoc iudicio infraſcripta. In primis pretium, quanti res venit: item vſuræ pretij poſt diem ſolutionis; nam, cum re emptor fruatur, æquiſſimum eſt eum vſuras pretij pendere.*

Iuris enim ratio euidens eſt, quia quicquid venit ea natura comercij geſti, id ea ipſo comercio venire dubio procul dicitur, neque enim negari poteſt ex natura vēditionis proficiſci, vt is de quo agimus fructuum rationem reddat, pretio enim non numerato, non erat rem ſuam diſtracturus, vt expoſui in capite antecedenti a num.3.

Hancque ſententiam expreſſe admodum legimus in *l.qui per colluſionem §1. §.1.ff.de act.empti, & venditi*, dum inquit.

Pretij ſorte licet poſt moram ſoluta, peti non poſſunt, cum hæ non ſint in obligatione, ſed officio iudicis præſtentur.

Inſtitutio filiorum generaliter facta, an comprehendat filium, quem teſtator habere ignorabat.
Cap. XXIX.

1 Si quis putet habere tres filios, cum tamen habeat quatuor, & in teſtamento filios ſuos inſtituat hæredes, dubitatur, an etiam is, quem habere ignorabat, inſtitutus videatur, alij aiūt, alij negant. vide DD. *in l.Titius, in l.Gallus, §. & ſi quid tātum, de lib.& poſth.* Mantic. *lib.4.tit.2.* Menoch. *lib.4.præſumpt.26.* D. Fachin. *lib.4.cap.77.*

2 Pro affirmatiua affertur Primò tex. *in l.3. C.de inoffic.teſtam.* Vbi proponitur, matrem inſtituiſſe hæredes filios, quos habebat, deinde alium filium peperiſſe, eoque nondum hærede inſtituto, deceſſiſſe: fuit dubitatum, an quærela inofficioſi competeret filio præterito, & reſponſum fuit, quod ſi mater non habuerit oportunitatem teſtamēti mutandi ex pietatis coniectura, huiuſmodi filium pro virili videri inſtitutum, ideoque ei non competere quærelam.

3 In hoc caſu vehemens voluntatis coniectura efficit, vt is inſtitutus videatur, qui nullo modo ſub verbis comprehendi poteſt; ergo multò magis id dici debet in caſu noſtro, in quo verba filium, de quo agimus, continent, cum eadem vrgeat voluntatis coniectura.

4 Reſpondeo, hanc deciſionem iure ſingulari niti, ideò non eſſe trahendā ad conſequentias *l.quod verò, ff.de legib.*

Ius autem ſingulare continere ea eo deducitur, quod voluntas inſtituendi filium non habetur pro inſtitutione, nam vbi facto opus eſt, ibi velle non ſufficit *l. quidam cum filium 46. ff. de hæred. inſtit. l. commodiſſimè, de lib.& poſth.*

5 Secundò, ſi hæc veriſimilis voluntas efficeret, vt filius inſtitutus eſſet, vtique idem eſſet, ſiue inſtituti eſſent in teſtamento vnà cum filijs extranei ſiue non, ſiue mater mutare potuiſſet teſtamentum, ſiue non potuiſſet, cum ſemper eadem voluntatis coniectura vigeat, & tamen tex. ita demū filium inſtitutum videri ait, ſi modo extranei non fuerint inſtituti, & ſi modo mater non potuit mutare teſtamentum.

6 Tertiò, ſi voluntas huiuſmodi veriſimilis efficeret, vt inſtitutus filius videretur ſecundum regulas communes, vtique non eſſet opus mutare teſtamentum, & rurſus eum inſtituere, & tamen apertè textus iubet matri, ſi modò commodè id poſſit efficere, vt teſtamentum mutet, & filium inſtituat.

7 Secundò, pro eadem opinione affertur regula tradita a gloſſ. *in l.ſale pactum, §.qui prouocauit, ff. de pact.* vbi latè Iaſ. id pro diſpoſito haberi, quod teſtator diſpoſuiſſet ſi de ea re interrogatus fuiſſet, in propoſito enim non eſt dubium, patrem inſtituturum fuiſſe hunc filium, ſi de illo cogitauiſſet.

8 Reſpondeo, vt multa omittam, quæ circa dictam regulam dicere poſſem, eam debere intelligi, dummodò teſtator habuerit notitiam obiecti, quo eius voluntas moueri oportebat, vt ita diſponeret: ratio eſt, quia, cum voluntas non moueatur,

tur, nisi ex obiecto cognito, impossibile est deducere dispositionem aliquam ex voluntate testatoris, nisi istam præcognitionem supponamus, quæ declaratio euidenter, vt mihi videtur, deducitur *ex l. si quis ita dixerit, §. si quis cum ignoraret, ff. de test. tutel.* vbi cum quis nesciens, sibi filium natum fuisse in testamento suis filijs tutorem dedit, fuit dubitatum, an ei quoque dedisse videatur, quem habere ignorabat, & respōdet tex. negatiuè, qa de illo non sensit; hoc casu vtique verisimile erat, patrem huic filio daturum fuisse tutorem si cogitasset de eo, & tamen hoc non sufficit, quia de hoc filio non sensit, quia ignorabat, se illum habere, ergo regula prædicta, si vera est, debet intelligi in illis casibus, in quibus testator notitiam habuit obiecti, quo moueri debebat ad disponendum.

9 Tertiò mouentur, quia non debet testator pati pœnam præteritionis, qui nulla in culpa est, *l. vlt. C. de postb. bared. instit. l. vlt. ff. de haredib. instituen.*

10 Respondeo imperitè fecisse hunc testatorem non adijciendo clausulam, quæ omnes omninò filios contineret: cautè enim testari oportet, & accuratè. Imperitia autem culpæ ascribitur. vide tex. *in l. imperitia. ff. de reg. iur. in l. sicut, C. de milit. testam.*

11 Pro contraria parte adducitur tex. *in d. l. si quis ita, §. si quis cum ignoraret, de test. tutel.* vbi tutela data filijs non comprehendit eum, quem testator se habere ignorauit, ea ratione, quia de illo non sensit.

Respondent aduersæ partis propugnatores, non esse parentem ita anxium de tetula, sicut de validitate testamenti, ideò dicunt, textum nō pertinere ad casum nostrum.

12 Secundò pro eadem opinione vrget regula, actus agentium non operari vltra eorum intentionem, ergo institutio patris non potest applicari filio, quem habere non credebat: de eo enim non cogitauit.

13 Respondet Card. Mantic. *num. 12.* quod sufficit intentio secundaria, quamuis deficiat primitiua ex Bal. *in l. si absentes, num. 3. C. si cert. pet.* ex Ias. *in l. 3. num. 28. de acq. possess. in l. liber homo, num. 8. de verbor. obligat.* item sufficit intentio implicita, *l. 3. C. de inoffic. testam. in l. Titius, §. 1. de liber. & posthum.*

14 Contra, quia cum voluntas non moueatur, nisi ex obiecto cognito in proposito, nulla potest considerari intentio, nec prima, nec secunda, nec implicita, nec explicita, quia obiectum, quod mouere debebat voluntatem testatoris, non fuerat præcognitum, nec dicatur cum Menoch. *num. 30. in fin.* quod verisimile est omnes suos filios testatorem voluisse instituere, & per consequens & hunc, de quo agimus, quia, cum tunc non crederet habere nisi tres filios, non potest dici, eum sensisse de institutione quatuor filiorum, quod est illud, quod insinuat I. C. *in d. l. si quis, §. si quis ignoraret.*

15 Secundò dicebat Dominus Fachin. testatorem non sensisse de hoc filio, extendi tamen debere dispositionem ex coniectura pietatis ad hunc filiū, sed huic extensioni obstant ea, quæ scripsi lib. 4. cap. 1. & 2. ibi enim ostendi nullatenus secundum iuris nostri regulas extensionem admitti in vltimis voluntatibus de persona ad personam, etiā si euidens sit voluntas testatoris.

16 Quid dicendum? ego sic hanc rem distinguo, aut loquimur de filio, quem mortuum esse testator credebat, aut de eo, quem natum esse ignorabat.

Primo casu puto, negatiuam opinionem verissimam esse: non est enim credibile, testatorem applicauisse animum ad instituendum eum quem credebat mortuum esse, nulla enim erat causa, cur eum institueret, & per cōsequens verisimum est, testatorem de hoc filio non sensisse, & ideò tunc militat dispositio *d. l. si quis ita, §. si cum ignoraret, de testam. tutel.*

17 Secundo casu cum quis absens ab vxore, quam ignorabat reliquisse prægnantē, testatur, filiosque indistinctè hæredes instituit, verisimile est, eum intelligere de omnibus, quos habet: hoc enim suadet pietas paterna, & vsus rerum. Pietas, quia hęc omnes filios ad successionem vocat. Vsus rerum, homines enim curare solent, ne præteritione testamentum rumpatur.

Itaque, tunc rectè dicimus, eum hac de causa nō se restrixisse ad filios, quos se habere sciebat, dum filios instituit, sed omnes eum instituere voluisse, quos habebat.

18 Nec obstat id, quod de tutela diximus, quia nō est, cur pater sit adeò solicitus de tutela, sicut oportet eum esse de institutione filiorum. Nam ex hac dependet testamenti validitas. Itaque, cum respectu tutelæ, non sit adeò vrgens ratio, facilè credimus, testatorem de omnibus filijs, ita solicitum non fuisse, sicut respectu successionis fuisse verisimile est, itaque a tutelæ datione ad casum nostrum argui non poterit.

Mulier nupta extra patriam, an desinat esse ciuis ipsius, eiusque statutis soluatur ad l. incola, & l. fin. ff. ad municipalem. *Cap. XXX.*

1 Incola, & ijs magistratibus parere debet apud quos incola est, & illis apud quos ciuis est: nec tantum municipali iurisdictioni in vtroque municipio subiectus est, verum etiam omnibus publicis muneribus fungi debet. Sunt verba tex. *in l. incola 29. ff. ad municip.* An ab hac regula eximenda sit mulier nupta extra originem suam, ita vt ipsa patriæ suæ legibus eximatur, & desinat esse ciuis ipsius, dubitatur. Qua in re præclarè Bart. *in l. fin. §. 2. ff. ad municip. nu. 5.* distinguit inter ea, quæ impediunt mulierem fungi vxoris munere, & ea, quæ huic rei impedimentum non præstant, illis mulierem solutā esse asserit, his verò nequaquam.

2 Pręclarè inquam, quia iuris ratio non admittit, vt matrimonium auferat ius ciuitatis mulieris, & eam eximat ex legibus patriæ suæ, nisi quatenus natura matrimonij poscit, ergo iuris ratio non patitur eam solui nisi ab illis legibus, quæ impediūt mulierem liberè vxoris adimplere munus, quia hoc solum natura matrimonij fieri postulat, & hac ratione factum fuisse existimo, vt munera personalia sexui muliebri conuenientia, non debeat mulier alibi nupta apud suam patriam subire, sed vbi degit *l. vnica, C. de mulierib. vbi mun. agnosc. l. fi. ff. ad*

ff. ad municip. vtque ipſa viti forum ſequatur, *l. pen. ff. de iuriſd. omn. iud.* cum ſimilib.

3 Secundò huic ſententiæ fauet tex. *in l. vnica, C. de mulier. vbi muner. agnoſc. lib. 11.* dum ait, ſæpius fuiſſe reſcriptũ extra patriam nuptas munera perſonalia non ſubire apud locum originis, hinc enim colligitur rem hanc dubitatione non caruiſſe, quia non fuiſſet ſæpè de re euidenti dubitatum, ergo apud veteres erat conſtans opinio, mulierem nuptam extra locum originis, non deſinere eſſe ciuẽ eius, & ipſius legibus indiſtinctè non liberari, ſi enim aliter credidiſſent, nulla poterat circa hanc rem oriri dubitatio, quia onus ſubeundi onera, vel ex origine deducitur, vel ex incolatu. vide *l. 1. C. de municip. lib. 10.*

4 Tertiò conſtat maximam eſſe differentiam inter mutationem domicilij, & mutationem originis, quia mutatio domicilij liberare nos non poteſt à vinculo legũ originis, & à iuriſdictione magiſtratuum eius *d. l. incola*, hoc verò vtique, ergo iuris noſtri auctores pro comperto habebant, mulierem non mutare originem, nec indiſtinctè ſolui legibus patriæ ſuæ per matrimonium alibi contractum, quia, dum de hac re tractauerunt, de mutatione ſolius domicilij mentionem fecerunt. *vide l. exigere in fine, de iud. l. filij 22. verſ. vidua, l. ea quæ 32. l. de iure 37. l. fin. verſ. item reſcripſerunt mulierẽ, ff. ad municip. l. fin. in fine, C. de incol. lib. 10. l. mulieres 13. C. de dignitat. lib. 12.*

5 Quartò origo mutari non poteſt, ergo non poteſt tolli per matrimonium obligatio parendi legibus loci, vbi originem habemus. Aſſumptum probatur *ex l. 6. ff. ad municip. l. 4. C. de muner. & orig. lib. 10.* & ex eo, quod origo in facto conſiſtit.

Conſequens verò probatur ex eo, quòd origo ſuapte natura obligat nos ad obediendum legibus patriæ *l. 2. ff. de iuſt. & iure*, in quam ſententiã præclarè loquitur Socrates apud Platonem, dum ait in Critone. *An ſic es ſapiens, vt te latuerit, & patri, & matri, & progenitoribus omnibus patriam eſſe anteponendam? atque eſſe venerabilius quiddam, ſanctiuſque? & in ſuperiori ſorte, tum apud Deos, tũ apud homines mẽtis compotes eſſe patriam colendam, colereque eam oportere magis, eique obedire, ac irgidiùs ſe gerenti, mitius aſſentiri, quam patri, & ſi quid iubeat diſſuadere illi, quantum liceat vel facere, & patientiſſimè ſuſtinere quicquid iuſſerit patiendum? ac ſiue mandauerit, verberari te, ſiue in vincula conijci, ſiue in prælium miſerit, ad vulnera excipienda, mortemque ſubeundam, obediendum eſt omnino.*

6 Et ex his puto ſententiam Bart. veriſſimam eſſe, quam probauerunt Caſtr. *in l. rei iudicatæ 16. §. fin. nume. 7. ff. ſol. matr.* Salic. *in l. cunctos populos, num. 15. C. de Sum. Trinit. & fide Cathol.* Curt. iun. *conſ. 5. num. 42. verſ. ſecundo reſpondetur.* Felin. *in c. 1. propè finem, verſ. ſed vnum nota, de ſponſal.* Alex. *in l. penult. ff. de iuriſd. omn. iud.* vbi Soc. ſen. *num. 6.* qui alios ex vetuſtioribus refert Dec. *num. 6.* Curt. iun. *num. 5. & 6.* Cagnol. *num. 10. & 20.* Dec. *in l. 2. nume. 92. ff. de reg. iur.* Albert. Brun. *conſ. 193. verſ. itẽ in mulieribus, lib. 2.* Camp. *de dote par. 5. quæſt. 71. num. 1. verſ. limita.* Ruin. *conſ. 49. nu. 9. lib. 3.* Salic. *in l. 2. nu. 6. verſ. ſed.* Iacobus de Arena *C. de iuriſd. omn. iudic.* & ibi Caſtr. *nu. 8. in fi. & num. 9.* Cephal. *conſ. 13. num. 47. conſ. 526. à num. 43.* Hieron. Gabriel. *lib. 2. conſ. 29. à num. 11. vſque ad numerum 33.* Franc. Sarracen. *inter conſil.* Marzar. *conſ. 43. num. 10. & 11.* Vinc. Franc. *deciſ. 416. nume. 3. & num. 7.* Caſſaneus *in rubr. des mais mortes, §. 8. num. 1.* Ladecch. *conſ. 104. nu. 6.* Pract. Pap. *in libello, in quo vxor agit, gloſſ. D. Margarita num. 5.* Surd. *conſ. 140. num. 68.* & alij quos recenſent Theſaur. *deciſ. 123. num. 1. & ibi addentes.* Lud. Morot. *conſ. 53. nu. 13. libro primo.* Andr. Tiraquell. *de legib. connubialib. l. 1. gloſſ. 1. par. 1. num. 37.*

7 Ex quibus patet hanc eſſe ſententiam receptiſſimã, ideoque omnino repudianda eſt ſentẽtia gl. *in l. origine, C. de municip. lib. 11.* & eorum, qui contrarium ſentiunt, de quibus Soc. ſen. *in l. penult. nume. 6. ff. de iuriſd. omn. iud.* Theſaur. *deciſ. 123. nu. 12. & num. 13.* poſt Anchar. *quæſt. 9. num. 9. & 10.* cum quibus etiam ſentit Decian. *conſ. 33. num. 7. lib. 1.* & alij de quibus Clariſſ. D. Petr. Caball. *lib. 2. conſil. 125. à num. 5. vſque ad num. 10.* vbi eandem ſequitur.

8 Vtuntur auctores huius ſententiæ auctoritate *l. fin. C. de incol. lib. 10. l. mulieres, C. de dignitatib. lib. 12. & l. vnica, de mulier. vbi mun. agnoſc. l. fin. verſ. item reſcripſerunt, ff. ad municip.* & alij ſimilibus locis, in quibus dicitur, vxorem frui honore mariti, ex eius perſona forum ſortiri, & domicilium contrahere, muneraque ſubire eo loci, vbi nupta eſt; dicunt etiam maritum, & vxorem vnam carnem effici, & ideò vnicam eſſe eorum patriam, & per cõſequens patriam mariti vxoris patriam cenſeri.

9 Reſpondeo patriam magnum in nos habere ius, nos enim legibus legat, muneraque ſubire cogit, eadem etiam priuilegia concedit, hæc tamen adeo inter ſe differũt, vt nõ liceat de vno ad aliud argumentari, quia ex diuerſis non rectè infertur. Itaque mala conſequentia eſt, domicilium, & forum ſortitur, & munera ſubit vxor, vbi maritus degit, non autem in patria, ergo originem mutat, & legibus eius ſoluitur, maximè, quia diuerſa ratio euidenter adeſt inter hæc. Nam forum ſortiri, & munera ſubire perſonalia in patria, impediret eam munere ſuo fungi erga maritum, quod non accidit in earum legum obſeruantia, quibus dicimus eam eſſe ligatam.

10 Quod dicebatur, coniuges eſſe duos in carne vna, hoc ad ea pertinet, quæ matrimonij vſum reſpiciunt, non ad reliqua, in quibus eos veluti diuerſas perſonas cenſeri, pluſquam exploratum eſt. vide titulum *C. ne vxor pro marito*, & ideò ad rem noſtram non pertinet, quia retinere originem, eiuſque legibus, quò ad aliquid ſubijci, matrimonij vſum non impedit.

Mulier an iuuetur S. C. Velleiano cum intercedit pro eo, qui donationem propter nuptias conſtituit ad l. fin. C. ad S. C. Velleian. *Cap. XXXI.*

1 IN *l. fin. C. ad S. C. Velleian.* habetur, diſpoſitionem huiuſmodi S. C. ceſſare, cum mulier in cauſa dotis intercedit, quę eſt noua conſtitutio Iuſtin. vt verba ipſa explicant non obſcurè, & alibi probaui poſt alios.

An

An idem dicendum sit, cum mulier intercedit pro donatione propter nuptias, videamus, quod placuit Vincent. Franc. *decis.* 182. cui non possum assentiri, quia nec iuris ratio, nec mens Iustiniani id patitur.

2 Non iuris ratio, quia constitutio Iustin. correctoria est, corrigit enim, seu limitat dispositionem S. C. Velleiani, quò ad causam dotis, in correctorijs autem non procedimus de similibus ad similia *c. cum expediat, de præb. lib. 6. l. præcipimus, C. de appell. cum similibus*, quod in hac re præcipuè admitti debet, quia de lege a Iustin. edita agimus, is enim pluribus verbis solet suam exponere sententiam, & proindè inuerisimile est, eum voluisse suam constitutionem ad donationem propter nuptias pertinere, si enim id voluisset, diserris verbis id dixisset, prout in alijs solet facere.

3 Iustiniani menti huiusmodi opinio aduersatur, quia in fine suæ constitutionis habet hæc verba. *Omni auctoritate Velleiani in hac causa cessante.* Neque enim dubitari potest apud Iustinianum diuersam esse causam dotis, & donationis propter nuptias, nam, vt de dote sic sanciret, ex eo motus fuit, quòd non est ferendum (quasi fortuito casu interueniente) mulierem fieri indotatam, & sic a viro forsitan repelli, & distrahi matrimoniū, necnon, quia antiqui iuris conditores fauore dotium sæpius legum duriciem temperauerunt, neque enim donationis propter nuptias defectus satis erat, vt mulier a viro discederet *l. consensu, C. de repud.* neque eius priuilegia, cum dotium priuilegijs possint comparari.

4 Ad fundamentum partis aduersæ nunc respondeamus. Primum cōsistit in eo, quod donatio hæc, cum dote pari iure censetur *l. cū multa, C. de donat. prop. nupt. Auth. res qua, C. com. de legat.*

Respondeo legislatoris auctoritate opus fuisse, vt id, quod in dote sancitū erat, in donatione prędicta obtineret, vt clarè constat ex *d. l. cum multa, & ex l. antecedenti, ex Auth. vt immobilia ante nupt. donat. ex Auth. de æqual. dot. & donat. propter nupt.* Ergo idem in re nostra opus erit, quod enim aduersus regulas iuris in aliquibus casibus constitutum fuit, ad consequentias trahere nō licet, *l. quod verò, ff. de legib.*

5 Secundum argumentum est eiusmodi. Dos filiabus datur, donatio autem propter nuptias pro filijs masculis constituitur. Si dicimus mulierem pro dote intercedere quidem posse, pro donatione verò nequaquam, vtique sequitur, eausam filiorum masculorum eedere causæ filiarum, quod non videtur admittendum *l. maximum vitium, C. de lib. præter.*

Respondeo, quod cesset S. C. Velleianum in causa dotis non discendit ex fauore personæ, cui datur dos, sed ex fauore ipsius dotis, & si enim pro extraneæ mulieris dote intercesserit S. C. cessat, & ideò argumentum deductum a personis, quibus dos datur, non concludit; quæcumque enim persona sit, semper verum est nos de dote agere, & ideò mulierem non habere beneficium S. C.

6 Tertium argumentum est huiusmodi, donatio propter nuptias non peruenit ad mulierem, nisi præmoriente viro, ergo incertum est, an mulier passura sit damnū ex sua intercessione, ideò obligatio facta pro dote magis nocet mulieri, quam ea, quam pro dote fecit, ergo id, quod in dote receptum est, fortius in donatione propter nuptias obtinet.

Respondeo mulierum fragilitati amplissimum ordinem consulere voluisse, ita vt intercedendo sui patrimonij iacturam nō facerent *l. 2. ff. ad S. C. Velleian.* non solum si obligatio, pro qua intercedunt pura sit, sed etiam si sit conditionalis *l. aliquando 13. §. 1. ad S. C. Velleian.* non licet ergo prędicto modo arguere, quia alias omnis obligatio conditionalis, & minus prĳudicialis exempta esseretur aduersus expressa verba Iustin. qui in causa dotis solum voluit cessare S. C. vt in fine legis.

7 Quartò mouetur Francus, quia nulla deceptio considerari potest in muliere intercedente in donatione propter nuptias constituta a filio suę vxori, hoc enim facit, vt filium vxoratum videat.

Respondeo hanc rationem etiam olim militasse in muliere intercedente pro dote promissa eius filiæ, & tamen hoc non fuit satis, vt cessaret S. C. sed fuit necessaria particularis constitutio. Præterea dispositio *l. fin. C. ad Velleian.* indistinctè loquitur, & proculdubio procedit in dote etiam extraneæ mulieri promissę, & ideò si eius dispositio in donatione propter nuptias obtineret, non posset restringi ad donationem propter nuptias a filio constituta, & proindè hæc ratio nullius momenti est, aut enim semper, aut nunquam habere debet locum S. C. in muliere pro eo intercedente, qui donationem propter nuptias constituit.

Hypotheca tacita mulieris in bonis mariti, an præferatur hypothecis tacitis anterioribus priuilegiatis ad l. assiduis, C. qui potior. ad §. his consequens, Auth. de æqual. dot. *Cap. XXXII.*

1 Priuilegium concessum a Iustiniano hypothecę mulieris in bonis mariti, de quo *in l. assiduis, C. qui pot. in pign. hab.* an habeat locum aduersus creditores anteriores hypothecas habentes exposuimus lib. 3. cap. 9. nunc exponere statui, an huiusmodi priuilegium habet locum aduersus hypothecas tacitas anteriores, quæ prælationis priuilegium habent.

2 Negant dotis hypothecam huiusmodi hypothecis anterioribus præferri Bal. Nouell. *de dote par.* 10. *num.* 34. Alciat. *in l. 1. num. 21. ff. sol. matr.* & ibi Bolog. *num.* 205. latè Io. Gutier. *practic. qq. p. 2. q. 99. a num.* 20. quos refert, & sequitur P. Barbos. *ad d. l. 1. p. 6. num. 1. & 2.*

Affirmant verò Salic. *in Auth. quo iure, num. 3. C. qui pot. in pign. habeant.* Negusant. *de pignor. p. 5. membr. 2. num. 16.* & alij, quos refert P. Barbos. *loco annotato.*

3 Pendet decisio huius dubitationis ex verbis *d. l. assiduis, & ex §. his consequens, Auth. de aqu al. dot.* quibus diligenter perpensis existimo hanc posteriorem sententiam verissimam esse; verba *d. l. assiduis*, quò ad rem nostram, hæc sunt.

Sancimus ex stipulatu actionem, quam mulieribus pro dote instituendam dedimus, cuique tacitam donauimus inesse hypothecam potiora iura contra omnes

nes habere mariti creditores, licet anterioris sint temporis priuilegio vallati.

Illa verba *contra omnes habere mariti creditores*, vniuersalia sunt, vniuersalis autem sermonis natura ea est, vt omnes contineat, etiam si maior ratio dubitandi sit in vno, quam in altero casu, & includit eos, qui alias non includerentur, vt post alios probant Osasc. *decis.* 94. *num.* 10. & 11. Surd. *cons.* 73. *num.* 62. & 63. & *decis.* 96. *nu.* 10. Becc. *cons.* 94. *num.* 30. 31. & 32. & alij passim.

4 Quod tanto magis in spetie nostra dicendum est, quòd Iustinianus nõ multò post inquit, *Et ideò quod antiquitas quidem dare incepit, ad effectum autem non perdulit, nos pleno iuris articulo confirmauimus, & siue liberos habeat mulier &c. hoc ei priuilegium indulgemus, exceptis videlicet contra nouercas anterioris matrimonij filijs, quibus pro dote matris suæ iam quidem dedimus hypothecam contra paternas res, vel eius creditores.*

Verba enim illa, *nos pleno iuris articulo confirmauimus*, ostendunt Iustiniani mentem comprehendendi sub hoc priuilegio creditores, etiam si priuilegiatam hypothecam habeant, quia si secus est pauci admodum essent ij, aduersus quos exerceri possit, (vsus enim forensis excludit creditores habentes expressam anteriorem) & proindè non satis verè dixisset, se pleno iuris articulo hanc rem confirmauisse.

5 Secundò Iustinianus expressis verbis excipit ab hoc priuilegio hypothecam, qua vtuntur filij prioris matrimonij ex persona primæ vxoris eorum matris, ergo omnes alij includuntur; nam exceptio firmat regulam in casibus nõ exceptis Bar. *in l. quæsitum, §. denique, ff. de fund. instr.* & post alios tradunt Dec. *in l.* 1. *nu.* 27. *ff. de reg. iur.* Becc. *cons.* 14. *num.* 24. & *cons.* 32. *nu.* 6. Surd. *cons.* 230. *nu.* 17. & 18. & *decis.* 185. *num.* 8. & alij passim.

6 Tertiò Iustinianus redarguit veteres iuris conditores, quòd cum actionem personalem ex dotis contractu orientem alijs actionibus personalibus priuilegiatis præferrent, hypothecam autem pro dote constitutam sinerent iure communi vti, *vt in vers. nos itaque, & in vers. quod enim in personalibus*, ergo manifestum est eum voluisse priuilegiũ, quod ipse concedit mulieri, contra priuilegiatas hypothecas locum habere, alioquin dicere possemus turpe est Doctori, cum culpa redarguit ipsum.

7 Quartò vult Iustinianus non minus hypothecariam pro dote competentem priuilegiatam esse, quam sit actio personalis pro dote competens, cum itaque constet huiusmodi actionem personalem præferri actionibus personalibus, quæ anteriores tempore sunt, & priuilegium habent, manifestum est voluisse Iust. sub sua lege contineri etiã hypothecas priuilegiatas.

8 Agamus nunc de textu *in Auth. de æqual. dotis, §. his consequens*, eo loci tractat Imp. de concursu mulieris cum creditoribus mariti, & quærit, si inter alios veniat creditor posterior quidem prætendens tamen pecunijs suis emptam, aut reparatam nauem, aut domum, aut agrum, & iuris priuilegiũ allegauerit, quò ad huiusmodi res, an oporteat dotem etiam talibus præponi, & rem decidendo inquit. *Plurimum igitur super his cogitantes non inuenimus mulierem iuxtè tali alicui cedere priuilegio.* Contrariæ partis assertores ponderant ea Imp. verba, in quibus dicit, magnam fuisse dubitationem, vtrum creditor huiusmodi priuilegiatus cedere deberet mulieri, licet posterior esset, ita vt oportuerit particulariter id ab Imp. declarari, exploratum ergo erat, aiunt isti, creditorem ex hac causa anteriorem mulieri ei præferri, alias circa eum, qui posterior est dubitandi occasio non extitisset; cum ergo quò ad creditorem ex causa priuilegiata posteriorem decisum fuerit mulierem potiora iura habere, ius commune saluum manebit, quò ad eum, qui prior tẽpore est; nam de hoc Iustinianus non tractat, & exclusio vnius est alterius inclusio *l. cum prætor, de iudicijs.*

9 Hæc ratiotinatio, quæ plurimum vrgere videtur, vt clarè diluatur, meminisse oportet circa creditorem, de quo agimus, qui est prior tempore, duo considerari debere. Primò causam sui crediti. Secũdò temporis anterioritatem, & quod pertinet ad causam ea præ ceteris creditoribus summa nititur æquitate, quia scilicet eius facto res, de qua agitur, in patrimonio communis debitoris extitit, quò verò ad temporis beneficium spectat eius conditio est similis cęteris creditoribus mariti muliere anterioribus.

10 Cum autem mulier superet cæteros anteriores mariti creditores tacitam hypothecam habentes respectu anterioritatis temporis, non potest conqueri is, de quo agimus, si & ipse a muliere superetur in eo, in quo cæteri, cum ipso communem causam habentes, superantur.

Cum itaque disputatur, an creditor mariti, qui mutuo dedit in restitutionem, emptionem, conseruationem rei mulieri cedere debeat, dubitatio non consistit in beneficio temporis, sed in eo, an æquum sit causam huiusmodi creditoris causæ dotis cedere, hocque insinuat clarè Iust. dum inquit his autem cedere, *quoniam ex eorum substantia res acquisita est*, indè enim dubitandi occasionem aduersus mulierem deducit.

11 Dum ergo Iustinianus decidit creditorem, de quo agimus, posteriorem mulieri cedere debere, non possumus nos colligere, ergo secus est in eo, qui anterior est, quoniam priuilegium horum creditorum non deducitur ex tempore, sed ex causa, quam causæ dotis cedere Iustanianus mandat, & ideò Imp. dum quæstionem huiusmodi decidit, omissa mentione anterioritatis temporis mulieris ait.

Vnde volumus, vt si quis domum renouasset, aut etiã agrum emisset, non possit talia priuilegia mulieribus opponere.

Immò non obscurè Iustin. de ea spetie agit, in qua mulier tempore posterior est, cum inquit. *Infirmitatem muliebris naturę satis nouimus, & quia facilè circumuẽtiones fiunt aduersus ipsam, minui autem eis dotem nullo sinimus modo, sufficit enim, quod a lucris cadunt, & si prior ante nuptialis donatio inueniatur, & sufficiẽs quodam extet eis ex hoc damnũ, & non etiam eas volumus, & circa ipsam dotem periculum sustinere.*

Tractat Imp. de muliere ex bonis viri dotem, & pro-

& propter nuptias donationem repetente, & ait, se se pati quidem, vt ipsa donatione huiusmodi careat, dotem autem eam amittere nullatenus se posse perpeti, cum itaque agat de donatione ante nuptias, siue anterior sit creditoribus, de quibus agimus, siue posterior, vt patet ex illis verbis, *quod a lucris cadunt, etsi prior anteuuptialis donatio inueniatur*, inficiari non possumus eum, etiam agere de dote, siue sit tempore anterior, siue posterior.

11 His accedit Imperatorem his expositis tractare, an mulier cedere debeat ei, qui ad militiam emendam mutuum marito dedit, deciditque mulierem ei cedere debere, & subdit, *& huic solo casui cedere mulierem*, si enim Imp. eius mentis fuisset, vt ipsa cederet creditoribus, de quibus agimus, cum priores sunt tempore, non esset verum eam huic soloe casui cedere.

12 Quod si contraria sententia tibi placeat, memor esto oportere ea concurrere, quæ circa creditorem ob mutuum ex causa militiæ factum sancit Imp. *in vers. quia verò*, cum enim ipsa Iust. magis fauorabilis sit huius causa, quam sit creditorum, de quibus agimus, dignus nota esset si largius cum ipsis ageret, quam faciat cum creditoribus ex causa militiæ, huiusmodi autem formæ non satisfit per instrumentum publicum negotium conficien do, nisi ei subscripserint testes, vt constat ex scriptis in c. 34. a num. 7.

14 Non omitto autem cōtra nostram sententiam frustra allegari *l. 2. C. de priuileg. fisci*, vbi mulieris hypotheca cedit fisci hypothecæ tacitæ anteriori. Cum enim rescriptum huiusmodi sit Antonini Imperatoris, non est allegandum ad declarationem mentis Instiniani, qui *in d. l. assiduis*, profitetur se se velle tribuere hypothecæ dotali priuilegium prælationis, quod ab anterioribus iuris cōditoribus fuit ei denegatū, inquit enim *& ideò quod antiquitas dare incæpit ad effectum autem non pertulit, nos pleno iuris articulo consumauimus.*

Priuilegium tacitæ hypothecæ cum prælatione, an cōpetat pro restitutione dotis matrimonio non sequuto ad l. 2. §. fin. ff. de priuileg. credit. *Cap. XXXIII.*

1 PRiuilegium tacitę hypothecæ, & prælationis concessum dotibus non competere pro recuperatione dotis ante matrimonium solutæ eo non secuto scribit Bart. *in l. 2. §. 1. in fine, ff. de priuileg. cred.* Rom. *in l. 1. num. 31. ff. sol. matr. in 2. lectura.* Bal. Nouell. *de dote, p. 10. num. 31.* Neguſ. *de pignor. 2. p. membro 4. num. 71.* Ripa *ad l. 2. §. fin. num. 20. & 21. ff. de priuileg. cred.* Surd. *cons. 131. num. 27.*

2 Contrarium re diligenter excussa determinat Accurs. *in d. l. 2. §. fi. de priuileg. cred. in gl. fin.* quem sequuntur ibi Alber. & Ang. Cin. *in l. assiduis, q. 7. C. qui pot. in pign. hab.* Imola *in c. ex litteris, de pign.* Rol. *de lucro dotis, q. 106. num. 14.*

3 Hanc posteriorem sententiam verissimam esse existimo, & dignissimam, quam æqui, doctique iudices sequantur, vtque id constare possit, describo verba Iustin. *in l. vnica, §. & vt plenius, C. de rei vxor. act.*

Damus ex vtroque latere hypothecam, siue ex parte mariti pro restitutione dotis, siue ex parte mulieris pro ipsa dote præstanda, vel rebus dotalibus euictis siue ipsa persona principales dotes dederint, vel pro miserint, vel suscepetint, siue aliæ pro his personæ: & dos siue aduentitia, siue profectitia sit secundum veteris iuris nominationem. Ita enim & imperitia hominum, & rusticitas nihil poterit eis afferre præiuditij; cum nos illis ignorantibus, & nescientibus in hoc casu nostram induxerimus prouidentiam. Sicut enim & stipulationes, & hypothecæ inesse dotibus intelliguntur, & inutiles stipulationes emendantur: sic & in posterum causa inuenietur valida & perfecta, quasi omnibus dotalibus instrumentis a prudentissimis viris confectis.

4 Multis verbis, vt vides, Iustinianus exponit tacitæ hypothecæ beneficium se concedere in bonis mariti pro dotis restitutione, nulla facta distinctione, an dos tradita restituatur, quia matrimonium fuerit solutum, vel quia non fuerit contractum, non debet ergo quispiam affirmare ipsum voluisse hanc fieri distinctionem, quia dignus nota esset, quòd in his, in quibus id non erat necessarium, multa fecisset verba, hac autem in re, quæ tanti mometi est, mutus planè fuerit, quod eo minus dicendum est, quia ipse profiteri solebat nihil magis proprium legis esse, quam eam esse perspicuam, *vt in Auth. de imperfect. test. in principio,* & quia scimus ipsum procliuem admodum fuisse in concedendo priuilegia mulieribus, maximè cū de dote agebatur, vt ex hac lege liquet, *& ex l. in rebus, ff. de iur. dot. in l. assiduis, C. qui pot. in Auth. de restit. & ea quæ par. in 11. mens. §. quamobrem.*

5 His accedit Iustinianum profiteri se sua lege effecisse, vt mulieres sic cautæ fiant, vt imprudentia earum, vel rusticitas nihil eis possit afferri præiuditij, *quasi omnibus dotalibus instrumentis a prudentissimis viris cōfectis*, ergo aperta est eius mens, vt pro restitutione, de qua agimus, competat tacita hypotheca, si enim secus erit, accidet quandoque mulierem, quæ, de hypotheca non conuenit cum sponso damnum maximum sentire ob suam imprudentiam.

6 Postremò constat conuentiones de dote antea firmari, quam matrimonium contrahatur, ergo absurdum est existimare Iustin. concessisse tacitam hypothecam eo solum casu quo secutum est matrimonium, hoc enim admisso, oportet illa verba, *siue ipse principales persona dotes promiserint, siue aliæ pro his persona*, &c. restringere ad casum rarissimè contingentem, quando scilicet dos post contractum matrimonium promittitur. Si quis enim dixerit subaudiendum esse in huiusmodi verbis hanc conditionem, si modò matrimonium fuerit secutum, Imperatorem redargutione dignum reddit; cum enim in ijs, quæ clara erunt tot verba fecerit, iustissimè notaretur, quòd hanc clausulam, sine qua eius decisio intelligi non potest, omiterit.

Non dubito aliquos extituros esse, qui dicant verba Iust. debere propriè intelligi, & ideòipsum esse intelligendum de ea dote, quæ vera est dos, & sic eum agere de casu, quo secutum est matrimonium *l. 3. ff. de iure dot.* ideoque huic obiectioni occurrere decreui. Respondeo autem vsitatum esse apud iuris nostri conditores id, quod sponso pro-

mittitur nomine dotis dotem appellari, etiam ſi non ſequantur deindè nuptiæ *l. ſi ſponſalibus 59. ff. de iure dot. & l. x. §. fin. ff. de priuileg. credit. l. 4. §. 1. de pact.* habito nempè reſpectu ad cauſam, ob quã fuit res promiſſa, aut tradita, & hinc fit, vt id, quod deſtinatur in dotem mulieris, nomine dotis nuncupetur, quo ſenſu dixit Cic. pro Quintio, *Ipſa filia nubili dotem conficere non poteſt*, & de Legibus, idem Cic. att. *Caliſthenes Iunoni Samiæ filiarum dotes credidit*, & alibi ſæpiſſimè apud bonos linguæ latinæ auctores hoc legitur, & ideo id non poteſt eſſe ſatis, vt dicta Iuſt. verba reſtringamus.

7 Agamus nunc de priuilegio prælationis conceſſo *in l. aſſiduis, C. qui pot. in pign. hab.* ipſum autem pertinere ad dotem, de qua agimus, non obſcure indicant illa verba. *Sancimus, ex ſtipulatu actionem, quam mulieribus iam pro dote reſtituenda dedimus, cuique etiam tacitam donauimus ineſſe hypothecam, potiora habere iura contra omnes mariti creditores*.

Cum enim Iuſtinianus voluerit per actionem ex ſtipulatu omnem dotem peti, & repeti poſſe *l. vnica, C. de rei vxor. act. in principio verſ. rei vxorig*, & ibi gloſ. *in verbo exigi. Azo in ſumma, nu. 5. Bart. num. 3. Salic. ante num. 5. Cuiac. col. 3. in principio*, ſequitur dotem, de qua agimus, actione ex ſtipulatu repeti poſſe, & proindè manifeſtum eſt prælationis priuilegium ei competere, cum Iuſtinianus apertè dicat actioni ex ſtipulatu, quam dotibus conceſſit, huiuſmodi dari beneficium.

8 Secundò Imperator redarguit veteres iuris cõditores, quòd cum priuilegium actioni perſonali pro dote competenti dederint, hypothecam pro dote competentem ſine priuilegio dimiſerint, inquit enim.

Et hoc cum in perſonalibus ſtatuerant actionibus, ſi ad hypothecam reſpiciebant, illicò iuſtitiæ rigorem relaxabant, & ſeniaribus hypothecis nouas mulierum hypothecas, ſi habebant actiones, expellebant, ab eius ergo mente alienum eſt hac in re conſtitui differentiam inter perſonales actiones, & hypothecas, vt faciunt Bald. Nouell. & eius ſequaces, dum dicunt, hanc de qua agimus, mulierem in perſonali quidem actione prælationem habere, in hypothecis verò nequaquam.

9 Poſtremò, indubitati iuris eſt, priuilegium, quod veteres iuris noſtri conditores actioni perſonali mulieri dotem repetenti conceſſerunt, ex eiſdem cauſis fuiſſe conceſſum, aduerſusque iuris rationem eſſe, ſicut eſt beneficium tacitæ hypothecæ, & prælationis conceſſum a Iuſtiniano, ergo nobis liceret, ſi verba conſtitutionis ſponſam non comprehenderent, illud ad ſponſam extendere, Vlp. enim *in d. l. 5. §. fin. de priuileg. cred.* id fecit reſpectu priuilegij perſonali actioni ad dotem repetendam conceſſi, inquit enim.

Si ſponſa dedit dotem, & nuptijs renuntiatam eſt; tametſi ipſa dotem condicit, tamen æquum eſt, hanc ad priuilegium admitti, licet nullum matrimonium contractum eſt. Idem puto dicendum, etiam ſi minor 12. annis in domum quaſi vxor deducta ſit, licet nondum vxor ſit.

Æquum eſſe ait Vlp. concedi ei priuilegium, ergo per extenſionem id fit; ad benignitatem enim & æquitatem non ſolent confugere I.C. niſi legis auctoritate deficiente *l. Pantonius, de acq. hær.* & alibi, vt alias admonui.

10 Huiuſmodi autem extenſio in eo fundata eſt, quòd lex concedens priuilegium actioni de dote ad liberorum procreationẽ reſpicit *l. 1 ff. ſol. matr.* & ideò interpretatione adiuuanda eſt *l. hoc modo 63 ff. de cond. & demonſtr.* quod ipſum diſertis verbis explicat Paulus I. C. relatus *in l. 3. de priuileg. credit.* ad comprobandam enim prædictam Vlp. opinionem ex Paulo hæc verba ibi leguntur.

Intereſt enim Reip. & hanc ſolidum conſequi, vt ætate permittente nubere poſſit, Dabimusque (ſubdit l. 4.) *ex his cauſis ipſi mulieri priuilegium*.

11 Fundamentum aduerſæ partis in eo conſiſtit, quia Iuſt. *in l. aſſiduis, C. qui pot.* conſiderat obſequia, quæ maritis mulieres præſtant, & pericula partus. Inquit autem ibi Iuſtinianus *nec ad fragilitatem muliebrem reſpicientes, nec quod & corpore, & ſubſtantia maritus fungitur*, & non multo poſt in eandem ſententiam inquit, *quis enim coram non miſereatur propter obſequia, quæ maritis præſtant propter partus pericula?* in eandem ſententiam loquitur Imper. *in §. his conſequenter, Auth. æqual. dot. & don. propter nuptias*.

Huic fundamento, vt planiſſimè poſſim ſatiſfacere, ad memoriam reuoco vulgarem illam, veriſſimam tamen diſtinctionem rationum, quæ in legibus poſitiuis conſiderantur, vt nempè aliæ ſint finales, aliæ verò impulſiuæ, de qua diſtinctione ſcribit Couar. *lib. 1. c. 50. num. 5.* & alij, quos prætereo, hoc præcognito dico, priuilegia, de quibus agimus fuiſſe quidem ex cauſis a Iuſtiniano in huiuſmodi conſtitutione enarratis conceſſa, earum tamen nullam aliam, vt cauſam finalem poſſe conſiderari, præter liberorum procreationem, vt luculenter expoſui lib. 3. c. 8. a nu. 13. & ideò ex aliarum defectu non poſſum inferre huiuſmodi priuilegia ceſſare, alias ſequeretur, vt nec contracto matrimonio competerent, ſi, antequã vxorem maritus cognouerit, vita diſceſſerit, quod omnium ſensui aduerſatur.

12 Procreatio autem liberorum conſideratur ad effectum, vt diſſoluto huiuſmodi matrimonio mulier iterum nubere poſſit, vt conſtat *ex l. 1. ff. ſol. matr.* & ideò hac ratione I. C. *in l. 3. de priuil. cred.* vtitur, vt oſtendat priuilegium perſonali actioni pro dote competens, rectè trahi ad ſponſam, quæ cum ſponſo matrimonium non contraxit, non rectè ergo in ſpecie noſtra dicitur ceſſare fundamentum conſtitutionis Iuſtin. ex eo, quod mulier non fuerit viro copulata.

Venditor qui ſpecialiter rem venditam ſibi voluit obligari, an præferatur mulieri anteriorem hypothecam pro dote habenti. Cap. XXXIV.

1 MVlierem hypothecam anteriorem habenti præferri venditori, qui habita fide de pretio, rei dominium tranſtulit in emptorem, cum ei ſub rei traditione res ſpecialiter hypothecata, ſcribit Speculator *tit. de obligat. & ſolut. num. 45.* eam autem a venditore excludi ſenſit Bal. Nouell. *de dote*,

de dote, par. 10. num. 3. vtrique fautores adfunt, vt conftat ex ijs, quæ fcribit P. Ioannes Fontanella *par. 2. de pact. dot. claus. 7. gloss. 2. par. 8. a num. 15. ad finem vsque ad num. 34.*

2 Qui mulieri fauent, mouentur ex ijs, quæ habentur *in l. assiduis, C. qui pot. ex §. hic consequent, Auth. de æqual. dot. ex §. fuerat, Inst. de act.* qui verò contra eam fentiunt, mouentur ex ijs, quæ DD. communiter fcribunt *in l. licet, C. qui pot. in pign. hab.* venditorem nempe, de quo agimus, præferri creditoribus anteriorem hypothecam habẽtibus.

3 Caufa mulieris dubio procul melior eft; cum enim regula ad fauorem venditoris, de quo agimus, firmata, nec iuris ratione, nec certa lege nitatur, fed interpretũ opinione, vt luculenter often di lib. 5. cap. 45. non poteft allegari aduerfus eam mulierem, de qua legem habemus dicentẽ ipfam *huic soli cedere casui, in quo quis ad emendam militiã mutuatus fuit, specialiterque conuenit, vt ipsa sibi specialiter obligata esset*, vt difertis verbis legitur *in d. §. hic consequent, vers. quia verò*, neque enim licet fermonem adeò vniuerfalem facilè reftringere, facilè autem id fit cum fine legis auctoritate explorata, nulla vrgente ratione, id facimus.

4 Immò id fit aduerfus mentem DD. quorum auctoritate nituntur, huius partis fectatores, ipfi enim hoc ius ad fauorem venditoris introduxerũt ad exemplum eius, qui ad rem emendam mutuatus fuit, de hoc enim cafu agit tex. *in d. l. licet*, cuius auctoritate DD. hanc firmant traditionem, vt aduertit Barbof. *in l. si cum dotem, §. fin. num. 34. & 35 ff. sol. matr.* conftat enim eum qui mutuatus fuit in emptionem rei, cedere mulieri, cum pofterior eft, *vt in d. §. hic consequens*, difertè habetur, quod autem DD. vtantur argumento *d. l. licet*, conftat ex Negufant. *par. 5. membro* 2. *num.* 18. ex Cepoll. *cautel.* 124. *num.* 2. ex Affiict. *decis.* 306. *num.* 4. ex Rota Romana *decis.* 593. *nu.* 1. poft tractatum Statilij *de Suluiano*, ex alijsque quos hi referunt.

5 Nec his obftat in traditione rei fcire poffe quẽquam, quam velit conditionem adijcere *l. in traditionibus 49. ff. de pact.* quia id verũ eft cum fit eo tẽpore, quo res eft in dominio tradentis, fi enim id facere velit pofteaquã ei, cui tradidit res, acquifita eft, nihil agit, quia tunc res aliena eft. Nam antequã conftituatur hypotheca in re, de qua agimus, opus eft, vt dominium in emptorem transferatur, fi credimus I. C. *in l. 1. §. fin. ff. de reb. cor.* dum ait, *Si minor 25. annis emerit prædia, vt quò ad pretium solueretur essent pignori obligata, non puto pignus valere. Nam vbi dominium quæsitum est minori, cœpit non posse obligari*, & ibi not. gloff. idem habetur *in l. sequenti*, & poft alios explicat P. Barbof. *in l. si constante, in princ. nume. 150. 151. & 122. ff. sol. matrim.*

6 Oportet itaque eum, qui rem vendidit habita fide de pretio, referuare fibi dominium, ne a muliere de qua agimus excludatur; quod fi contraria fententia tibi placeat, ne obliuifcaris eius, quod habetur *in §. hic consequent, Auth. de æqual. dotis, vers. quia verò*, dum tractans de ijs, qui mulieri prȩferuntur, fancit eam cedere debere mutuanti in emptionem militiæ, qui fecit fpetiale pactum, vt debitore mutuum non reddente ius fibi effet in militiam, *si modò negotium in scriptis geratur, & testium adsint subscriptiones*, cum enim exploratũ fit legem plus fauere mutuanti in emptionem militiæ, quàm ei de quo agimus, abfurdum effet facilius, eum de quo tractamus confequi prælationis beneficium, quam faciat is, qui ad militiam emendam mutuatus fuit, & proindè ipfe non aliter poterit hoc priuilegium confequi, quam negotio in fcriptis gefto, cum teftium fubfcriptione.

7 An verò huic conftitutioni fatisfiat, fi per publicum inftrumentum negotium fuerit expeditum videamus, & fufficere duo euicere videntur. Primò, generalis confuetudo per publica inftrumenta abfque teftium fubfcriptione omne commercij genus conficiendi. Secundò, quia dicunt DD. noftri inftrumentum effe probationem euidentem, & claram, & proindè, dum venditio, de qua agitur, per publicum inftrumentum conficitur, fatisfieri videtur formæ præfcriptæ a Iuftin. qui id folum præ oculos habuit, ne fraus mulieri fieret, vt oftendunt illa verba, *Tunc enim si per omnem huiusmodi viam procedat, & suspicionem non habeat, & competit contrahentes proprijs non priuari*, quando enim agitur de forma ad certum effectum inducta, licet eam per æquipollens adimpleri, vt per Ales. *in l. fin. num. 3. C. de procur.*

8 Contrarium eft verius, cum enim in inftrumentis publicis teftes fubfcribi tũc temporis folerent, *vt in Auth. de instrum. cautela, & fide, §. quod si instrumẽtu, & §. seq.* vbi Iulianus Patritius *in epitome* inquit, *Instrumẽta quoque quæ apud tabelliones componuntur subscriptione testiũ muniri præcipimus*, quod etiam conftat *ex Auth. de tabellionibus, in principio*, non eft dubitandum verba illa, *si modo negotium in scriptis geratur, & testiũ adsint subscriptiones*, comprehendere eum cafum, quando per inftrumentum publicum res conficitur, & proindè non poffumus dicere menti Iuftiniani fatisfieri, conficiendo inftrumentum eo modo, quo hodie fieri folet, cum ipfe nominatim teftium defideret fubfcriptionem, non eft ergo quòd quæramus, an per æquipollens forma a Iuftin. præfcripta poffit adimpleri.

9 Non poteft etiam fub prætextu confuetudinis huiufmodi opinio defendi, quia cum confuetudo non extendatur de cafu ad cafum, vt plenè per Felin. *in cap. auditis, num. 14. de præscript.* & per alios paffim id, quod in cæteris negotijs fieri folet, non eft fatis ad probandum moribus fuiffe inductum, vt ad obtinẽdum priuilegium prælationis, de quo agimus, fufficiat per publicum inftrumentum more folito fuiffe negotium confectum.

Quod fi appareant plura inftrumenta circa hãc rem more folito facta, non propterea confuetudo hinc colligi poteft, necefsè enim eft, vt res in huiufmodi inftrumentis geftæ tales fuerint, vt deuenerint ad notitiam populi, vtque appareat populum voluiffe inftrumenta fic confecta fufficere ad beneficium prælationis obtinendum, *iuxta l. de quibus ff. de legibus.* & tradit Rota *decis. 72. a num. 21. par. 2. diuers.* in quam fententiam multa præterea adferre poffem, fed fuperfedeo, quia res mihi videtur exploratiffima.

De hypotheca dotali quemadmodum ad tempus promiſſæ dotis trahatur ad l. 1. ff. qui pot. in pign. hab. *Cap. XXXV.*

1 ELegans proponitur quæſtio de hypotheca dotis *in l. 1. ff. qui pot. in pign. hab.* quæ cum frequens ſit, bene erit eam exponere.

Qui dotem pro muliere promiſit pignus, ſiue hypothecam de reſtituenda ſibi dote accepit, ſubſecuta deinde pro parte numeratione eandem rem pignori alij dedit, mox reſiduæ quantitatis numeratio impleta eſt, quærebatur de pignore.

Hęc eſt ſpeties, de qua agimus, quam his verbis decidit Papinianus.

Cum ex cauſa promiſſionis ad vniuerſæ quantitatis exſolutionem, qui dotem promiſit cõpellitur, nõ vtique ſolutionũ obſeruanda ſunt tempora, ſed dies contractæ obligationis, nec probè dici in p̃ãte eius eſſe, ne pecuniã reſiduã redderet, vt minus dotata mulier eſſe videatur.

2 Pignus ex eo die conſideratur, quo cõſtitutum fuit *l. potior 11. eod. tit.* pignus autem conſenſu partium conſtituitur *l. 4. ff. de pignor.* igitur in re noſtra non eſt obſeruandum tempus dotis numeratę, ſed obligationis contractæ, tunc enim pignus fuit conſtitutum, quia tunc maritus promiſit dotem reſtituere cum ſuorum bonorum obligatione, neque enim dubitatur pignus antecedere poſſe contractum, cui adijcitur ad inſtar fideiuſſionis, iuxta tex. *in §. fideiuſſor, Inſt. de fideiuſſ.* fideiuſſio enim ſicut pignus eadem ex cauſa fit, & alterius contractus acceſſio eſt, quod rectiſſimè admonet Cuiac. *in explicatione huius legis lib. 8. quæſt. Pap. col. 3. poſt principium*, qua de re eſt tex. *in l. 5. ff. de pignor.*

3 Cum autem ex iure cõi deſcendat, vt pignus ex eo die vires habeat, quo fuit cõtractũ, rectè noſtri cõmuniter reijciunt opinionem Cini qui *in l. cum tibi, C. qui potior.* ſcribit hoc ius ſpetiale eſſe in dote, vt conſtat ex traditis per Neguſ. *par. 2. memb. 4. nu. 78.* per Barboſ. *ad l. 1. p. 3. nu. 33. ad fi. ff. ſol. matr.*

4 Cumque ex conſtitutione Iuſtiniani factum ſit, vt cũ marito dos promittitur, ſubintelligatur conuentio obligans bona mariti ad dotis reſtitutionẽ *l. vnica, §. & vt plenius, C. de rei vx. act.* nulla cauſa eſt, vt fiat diſtinctio hac in re inter hypothecã tacitam, & expreſſam, quia per huiuſmodi conſtitutionem non minus perfectè tunc deducitur in eſſe hypotheca, quam fiat per cõuentionem partium, ſicque noſtri communiter docent, vt liquet ex Neguſ. *de pign. par. 2. memb. 4. num. 80.* Barboſ. *in d. l. 1. par. 3. nu. 34. ff. ſol. matr.* ex Statilio *de Saluiano, inſpect. 3. cap. 4. a num. 40. vſque ad num. 47.*

5 Dicunt autem DD. per retrotractionẽ hoc fieri, q̃a ſtatim, ac venit caſus dotis reſtituẽdę, actio, quæ tunc oritur, trahitur ad tempus, quo maritus promiſit dotẽ reſtituere, quod clarius exponã. Cũ maritus promittit dotem reſtituere, & obligat ſua bona, ex natura comertij ineſt cõditio, & dies; conditio, ſi ipſa fuerit verè, vel legis interpretatione tradita; dies, ſoluti matrimonij, inopiæ viri, & oẽs alij, in q̃bus dos reſtitui debet, ſtatim ergo, ac dos traditur, aut pro tradita habetur, illicò conuentio de dote reſtituenda, ita perficitur, vt cenſeatur ab initio ſine conditione facta; hæc enim eſt natura conuentionũ conditionalium, vt adimpleta conditione videantur ab initio factæ purè *l. potior eſt, verſ. videamus, ff. qui pot. in pig. hab.* nõ eſt ergo mirandum, ſi ex tempore initę conuentionis conſideretur hypotheca, quia nõ eſt dubitandum per conuentionẽ, in qua quis bona ſua obligat, ſtatim oriri ius hypothecæ etiam ſi in diem ſit cõcepta, dummodo conditio abſit *l. cedere diem, de verb. oblig.*

6 Ex his intelligimus non rectè Bal. Nouel. *de dote, p. 10. nu. 39.* docere, ita demum oriri hypothecã, de qua agimus, ſi tempore promiſſionis contractũ fuerit matrimoniũ, quia ſine matrimonio dos conſiſtere non põt *l. 3. ff. de iur. dot.* vt enim hypotheca cõſiſtere poſſit, non eſt neceſſe, vt fuerit nata obligatio, pro cuius cautione conſtituitur, ſed ſatis eſt, vt naſci poſſit, pro futura .n. obligatione hypotheca rectè conſtituitur, vt admonui nu. 2. *ex l. 5. ff. de pign.* atque ita rectiſſimè aduerſus Nouellũ ſenſit Senatus Dolanus, vt refert Io. Griuell. *deciſ. 133.* vbi ex profeſſo hanc confirmat ſententiã, quod ẽt facit P. Io. Fõtanella *p. 2. de pact. nupt. clauſ. 7. gloſ. 2. p. 1. nu. 35.* vbi refert pro eadẽ ſentẽtia And. Molfetiũ *ad conſuet. Neap. p. 6. tit. de iur. dot. q. 2. a nu. 16.*

7 Cauendum eſt itaq; ab illis, qui re non bene diſcuſſa Nouelli ſententiã probarunt, nempè a Neguſ. *p. 2. memb. 4 nu. 79.* a Barboſ. *loco allegato num. 34. verſ. poſtremo notabis.* a Statilio *de Saluiano, inſpect. 3. c. 4. nu. 43.* & ab alijs huius ſententiæ ſectatoribus; nã, pręterquã quod aduerſus ipſos ſtat euidenter iuris ratio, eorũ opinio manifeſtè eſt cõtra oẽs iuris noſtri DD. qui ante Nouellũ ſcripſerunt hypothecã dotis eſſe conſiderandã ex die, quo vir eius reſtitutionẽ p̃miſit, quorũ numerus, & auctoritas longè excedit eos, qui Nouellum ſequuntur. Cum .n. frequentiſſimè accidat intercedere tẽpus inter promiſſionẽ dotis reſtituendę, & matrimoniũ, incredibile eſt ipſis hũc caſum in mentẽ nõ veniſſe, quo admiſſo apertũ eſt ipſos voluiſſe eũ ſub regula cõtinere, cũ ipſum noĩatim nõ exceperint.

8 Sed de his ſatis, ad explicationẽ aliorũ verborũ text. accedamus, inquit autẽ I. C. *Nec probè dici in poteſtate eius eſſe ne pecuniã reſiduũ redderet, vt minus dotata mulier eſſe videretur.* Hæc verba refert Accurſ. ad maritũ, & cum eo pleriq; alij, a quibus tñ recedit Cuiac. *ibid. lib. 8. quæſt. Pap. col. 2. litt. C.* qui ea refert ad promiſſorem dotis, & vt mihi videtur, rectiſſimè, quod .n. aiunt DD. his verbis ſignificare I. C. conditionẽ, ex qua pendebat perfectio conuentionis, nõ eſſe poteſtatiuã ex parte mariti, non eſt digna dubitatio ingenio Papin. quis .n. dubitat in poteſtate non eſſe creditoris pecuniã a debitore extorquere, etiã ſi venerit dies ſolutionis? vt iterim omittã agi de obligatione bonorũ mariti eo loci, & p̃indè nõ eſſe reſpiciendã partẽ mariti, ſed eius, ad cuius fauorẽ hypotheca fuit cõtracta.

9 His autẽ verbis I. C. occurrere vult obiectioni, quæ aduerſus promiſſorẽ dotis fieri poterat, hunc in modũ. In poteſtate p̃miſſoris dotis erat ſtatim perficere conſtitutionẽ hypothecę numerãdo dotem, igitur dũ differt eius ſolutionẽ, negligere vr hypothecę anterioritatẽ, ergo hypothecã non debemus conſiderare ex die promiſſionis, ſed ex die numerationis, huic autẽ obiectioni I. C. rñdet animaduertendo in poteſtate promiſſoris dotis non

eſſe

esse residuum eius non soluere, quia hac ratione dos mulieri constituta minor redderetur absque eius consensu, & proindè, dum quæritur de numeratione dotis promissæ, non agitur de eo, quod pendeat a potestate promissoris dotis, ideoque dici non potest implementum conditionis, quæ inest constitutioni hypothecæ, ex potestate promissoris pendere, quod vbi non adest, adimpleta conditione constitutio pignoris facta purè ab initio censetur *l. potior* 11. *ff. qui pot. in pign. hab.* ex quo sequitur, ex tempore promissionis pignoris vim ac potestatem esse æstimandam, statim enim ac pignus contractum est rem obligatam afficit, §. *item Seruiana, Inst. de act. & alibi.*

10 Inquit deindè I. C. *Alia causa eius est, qui pignus accepit ad eam summam, quam intra diem certum numerasset, ac fortè, prius quam numeraret aliç res pignori data est.*

In his verbis I. C. constituit differentiam inter eum, qui dotem promisit, pignusque accepit, & eum qui pignus accepit pro eo, quod intra certum tempus numeraret. Nam primo casu oritur hypotheca tempore promissionis. Secundo verò tempore numerationis; huius autem diuersitatis ratio in eo consistit, quòd ille non promisit soluere, sed spem dedit se esse soluturum, & proindè non potest antea consistere pignus, quam ipes huiusmodi adimpleatur, anteaquam enim hoc fiat nihil est, cui pignus adhæreat, sicque rectissimè exponit Cuiac. *lib. 8. quæst. Pap. ad hanc l. col. x.*

Hypothecaria an possint ciuitates, & fiscus vti in solidum aduersus quemlibet possessorem rerum sibi obligatarum* ad l. Moschis 47. ff. de iur. fisci, l. 2. C. de conuen. debitor. ciuit. lib. 11. *Cap. XXXVI.

1 CVm agitur de ciuitate agente aduersus possessores bonorum sui debitoris extat tex. elegans *in l. x. C. de conuen. ciuit. deb. lib.* 11. dum inquit.

Iudex omni diligẽtia, & solicitudine debebit inquirere ad quos ex qualibet conditione transierint debitoris facultates, vt singuli æqua æstimatione habita pro rata rerum quas possident conueniantur.

2 Cum ciuitates eo iure vtantur aduersus possessores sui debitoris, quo cæteri chirographarij creditores, cum nec conuentione, nec ex particulari priuilegio obligatas habent res sui debitoris *l. x. C. de iur. reip. lib.* 11. non potest intelligi tex. de omnibus debitoribus ciuitatum, sed de ijs solum quorum res ipsis erunt obligatæ, idque non obscurè indicat tex. dum ait.

Et quia nefas est obnoxijs corporibus alienatis circumscribi, placuit si quis debitor reipublicæ ciuitatis, quidpiam ex eo patrimonio quod habuit, cum reip. pecuniam sumeret donauerit, distraxerit, &c.

Neque enim obnoxia corpora dici possunt res debitoris, qui sola personali obligatione tenetur, nisi per metaphoram, habita relatione ad dominum ipsarum, qui creditori obnoxius est, qua loquendi ratione vsum fuisse Constantinum auctorem huius legis non est existimandum, cum magnam posset parere obscuritatem, & consueuerit Constantinus in suis legibus apertè admodum loqui, vt ex ipsis facilè est intelligere. Cumque nullus ex I. C. quorum temporibus lingua latina magis, quam sub Constantino floruit, huiusmodi, aut simili metaphora vsus fuerit, etiam si sæpissimè de hac materia egerint, vt constat ex infinitis propè locis florum de materia actionis hypothecariæ tractantibus, quis poterit sibi persuadere ea Constantinum Imp. fuisse vsum?

3 His accedit Imperatorem ita demum concedere ciuitati agere aduersus possessores rerum sui debitoris, si rem huiusmodi habuit in suo patrimonio, cum pecuniam ciuitatis sumeret, hoc enim ius tunc temporis obseruabatur in hypothecis, vt ad bona post contractam obligationem acquisita non pertineret nisi nominatim de ipsis fuisset actũ *l. fin. C. quæ res pign. oblig. poss.*

Si enim ideo huiusmodi possessores conueniuntur, quia res, quæ debitorum ciuitatis fuerunt tenent, cur constituitur differentia inter bona, quæ in patrimonio debitoris erant, cum pecuniam a ciuitate sumpserũt, & ea quæ deindè acquisiuerũt?

4 Non est itaque assentiendum Accursio, & Cuiac. in huius loci explicatione, dum docent aduersus huiusmodi possessores actione personali agi, nõ hypothecaria, triplici moti fundamento. Primò, quia hypothecaria actio nõ competit ciuitatibus nisi de hypotheca conuenerit *l. x. C. de iur. reip.* de qua conuentione hic non fit mentio. Secũdò, quia hypothecæ proprium ius est, vt in solidum possit agi aduersus singulos possessores rerum obligatarum *l. 2. C. si vnus ex pluribus hæredibus.* Tertio, quia textus *in verf. quod si quispiam*, expressè docet non posse ciuitates huiusmodi iure vti, cum res sui debitoris, quæ ad fiscum peruenerunt in alium ab eo fuerunt translatæ, constat enim creditoribus hypothecarijs ius fisci non obesse *l. res quæ* 22. §. 1. *ff. de iur. fisci.*

5 Quod pertinet ad primum argumentũ respondeo textum non agere de omnibus creditoribus ciuitatum, sed de his, qui fęnebrem pecuniam a ciuitatibus acceperunt, vt ex initio textus liquet, & ideò agitur de creditoribus, qui cũ bonorũ obligatione se obstrixerunt, consueuisse enim veteres, cum pecuniam mutuã sub vsuris dabant, de obligatione bonorum debitoris conuenire, argumentum euidens præstant plurimæ leges, quæ de eiusmodi hypothecis agunt. vide *l. 4. 11. 20. 21. x2. & 26. C. de vsur. l. 4. x7. C. de pign & hypothec. l. 1. 3. & 7. C. si alien. res l. 8. C. qui pot. l. 1. C. de ijs q in prior. locum l. 9. C. de remiss. pig. l. penult. C. de distract. pig. l. 1. & x. C. si pign. conuent. l. 1. C. de pact. pign.* de eadem hypotheca agunt *l. 1. §. pacto placuit, l. 9. in princ. & §. 1. l. 13. in fi. l. 16. §. si pluris, l. 20. l. 26. §. 1. l. 34. §. 1. ff. de pign. & hypothec. l. 2. & 4. ff. quæ res pign. l. 4. §. 6. 7. & 9. §. sed si hæres, l. 13. §. 1. & §. a Titio, l. 19. l. x1. ff. qui pot. in pign. l. 9. §. 1. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. tac. contrah. l. 2. l. 11. §. 1. & 2. l. 1x. 16. x3. 30. 34. 35. & 39. l. fin. §. fin. ff. de pign. act.*

Et ideò non est cur aliquis miretur, si Martianus I. C. explicans obligationes, quibus hypotheca accedere potest, primo loco mentionem fecerit de ea obligatione, quæ ex mutuo oritur, cũ enim huiusmodi genus obligationis quotidianũ esset materia hypothecarum, & pignorũ circa eas

potiſſimè verſabatur. *vide l.5.in princ.ff.de pign.& hypoth.* eadem de cauſa Iuſtin. in conſtitutione, quam de iure dominij impetrandi edidit aliarum obligationum prætermiſſa mentione de hac ſolum meminit obligatione, vt conſtat ex *l.3.C.de iur.dom.impetr.*

6 Agit inquam Conſtantinus de contractu, qui ſolebat fieri cum bonorum obligatione, & proindè exiſtimandum eſt id fuiſſe obſeruatum ab ijs, qui ciuitatum, de quibus Conſtantinus agebat, pecuniam mutuam dederunt, a culpa enim adminiſtratores huiuſmodi immunes fuiſſe indicat Imp. dum in calce legis dicit, id quod a debitoribus pauperibus non poſſunt ciuitates conſequi ad diſpendium earum pertinere, quod vtique non contigiſſet, ſi cautiones ſolitas prætermiſiſſent *l.4.de adminiſtr.rerum ad ciuit.pert.* fuiſſeque narratum Imperatori bona debitorum fuiſſe obligata, (huiuſmodi enim lex reſcriptum quoddam eſt, non conſtitutio, vt inſcriptio & eius tenor indicant) patet ex illis verbis, *& quia nefas eſt obnoxijs corporibus alienatis*, hæc enim verba non iuris noui ſanctionem cõtinent, ſed narrationem rei geſtæ inter adminiſtratores ciuitatum, & eos qui ipſarum pecuniam mutuam accipiebant; ex iure autem veteri conſtat non habuiſſe ciuitates ius hypothecæ aduerſus creditores, niſi ex conuentione eam nanciſcerentur, vel ex priuilegio ſpeciali *l.2.C.de iure Reip.lib.*11.

7 Secundum argumentum non obſtat, quia cum fiſcus non vtatur in ſolidum aduerſus poſſeſſores rerum ſibi hypothecatarũ, vt ex dictis inferius a num.11. liquet, non debet mirum videri idem in ciuitatibus fuiſſe conſtitutum, ex quibus etiam facilè eſt intelligere, cur ius diuerſum inter priuatos, & ciuitates, fiſcumq́ue obſeruari hac in re voluerint ſapientiſſimi iuris noſtri conditores: non eſſeq́ue nouum in hac materia plus iuris habere priuatos quam ciuitates. patet *ex l.1.C.de cur.lib.10.l.4. in fine, de adminiſtr.rerum ad ciuit pertin.*

8 Tertium argumentum ex eo tollitur, quòd fides haſtæ fiſcalis facilè conuelli non debet *l. ſi hypothecas 8.C.de remiſſ. pignor.* & quia alienatio rerum a fiſco facta ſecurum reddit emptorem, etiã ſi ad aliquem iure hypothecæ pertineant, ſi modo ſuper ea controuerſia non extabat *l.res quæ 22.ff. de iur.fiſci*, hinc enim clarè apparet eos, de quibus noſter textus agit, non poſſe a ciuitate conueniri hypothecaria actione ob priuilegium fiſco indultum, non ob defectum hypothecæ, ciuitas autem aduerſus fiſcum aget, is enim creditoribus ſatiſfacit, cum res ipſis obnoxias alienauit, *vt in d.l.res quæ, §.*1. diſertis verbis habetur.

9 De fiſco nunc agamus, an ipſe poſſit vti quaſi Seruiana actione in ſolidum aduerſus aliquem ex poſſeſſoribus rerum ſibi obligatarum, quod ei non licere negat Dinus *in l. Moſchis, de iur. fiſci.* Io.Fabr.*in §.ſi quis in fraudem, nu.26.Inſtit.de act.* ſicque ſeruari in regno Neapolitano teſtatur Afflict. *ad conſtit. Regni lib.1.rubr.17. num.26.*

Contrarium docent Accurſ.& Bart. *in d.l. Moſchis*, Corn. *conſ.135. lib.1. & conſ.237. lib.3.* Iaſ. *in d §.ſi quis in fraudem, num.*128. & alij quos refert, & ſequitur Peregr.*de iure fiſci lib.6.tit.6.n.47.*

10 Pendet deciſio huius dubitationis *ex l. Moſchis 47.ff.de iur. fiſci*, cuius verba hæc ſunt. *Moſchis quædam fiſci debitrix ex conductione vectigalis hæredes habuerat, a quibus poſt aditam hæreditatem Faria Semilla, & alij prædia emerant, cum conuenirentur propter Moſchidis reliqua, & dicebant hæredes Moſchidis idoneos eſſe, & multos alios ex eiſdem bonis emiſſe.*

Cum clari iuris ſit tunc temporis licuiſſe creditori, omiſſa actione perſonali aduerſus poſſeſſores bonorum ſibi obligatorũ agere *l.perſecutione 24. C.de pignor.* & in ſolidumq́ue quemlibet huiuſmodi rerum poſſeſſorem conuenire *l.2.C.ſi vnus ex pluribus hæred.* non ex iure ſtricto, ſed ex æquo, & bono exceptiones aduerſus fiſcum pendebant, in eo autem earum æquitas conſiſtebat, quod cum fiſcus facilè poſſet ab hæredibus Moſchidis ſuum conſequi, durum erat eos inquietare, qui etiam non erant obligati, & quia a benignitate plurimum abhorret, vt cum extant plures rerum obligatarũ poſſeſſores vnum eligere, qui eum graui iactura ſolidum ſoluat fiſco, cur enim iactura, quæ pluribus communis eſt in vnius caput inijcitur?

11 Quid decreuerit Imperator nunc audiamus. *Æquum putauit Imp.* (ait I. C.) *prius hæredes conueniri debere, deinde in reliquum poſſeſſorem omnem, & ita pronunciauit.* Benignitatem itaque ſtricto iuri prætulit Imp. vtranque ergo exceptionem admiſit, vtraque enim ſummam habet æquitatem; pronunciauit autem hæredes prius debere conueniri, deinde poſſeſſores, cum itaque verbum debere totam clauſulam regat, eodem ſenſu accipi debet reſpectu poſſeſſorum, quo accipitur reſpectu hæredum, iuxta regulã *l.iam hoc iure 4.ff.de vulg. & pupill.* cum itaque in comperto ſit reſpectu hæredum neceſſitatem iniungi fiſco ordinem conſtitutum obſeruandi, vt nempe prius ipſos conueniat, etiam reſpectu poſſeſſorum neceſſitatem iniungere debet ordinem obſeruandi, qui in textu proponitur. Cum itaque I. C. dicat debere fiſcum omnem conuenire poſſeſſorem, non licebit ei ab vno poſſeſſore ſolidum petere.

12 Cum autem plurimum inter ſe hi ſermones differant debere fiſcum omnem conuenire poſſeſſorem, & poſſe fiſcum quemlibet poſſeſſorem conuenire, non poteſt excuſari I. C. ſi ſenſus ab Accurſ.& ſequacibus propoſitus retinetur, ipſi enim contendunt I. C. nihil aliud docere quam fiſcum poſſe quemlibet poſſeſſorem conuenire, poſtcaquam conſtiterit ſolidum non poſſe hæredes debitoris ſoluere.

13 Eoque minus exiſtimandum eſt I. C. hac in re obſcurè locutum fuiſſe, quòd hæc obſcuritas damnoſa erat fiſco, cuius miniſtri magnis clamoribus in eos ſolent inuehere apud Principem, qui eius iuribus detrahere videntur, & quia dixerat Imperatorem benignitatem hac in re amplexum fuiſſe, cũ enim vtraque exceptio æquitatẽ maximã præ ſe ferat, ſi alterã reijcit Imp. cur id non expriuit?

14 Ideò autem differentia hac in re conſtituta fuit inter fiſcum & priuatos, quia cum poteſt vis & poteſtas hypothecæ ſine damno creditoris temperari, id fieri a noſtri iuris conditoribus conſueuit. *vide l.2.C.de pign. & hypoth.* cum itaque fiſcus

habeat

habeat peculiares ministros, qui litibus fiscalibus incumbunt, & facilè possit suum consequi aduersus quotcunque agat, ei parum nocet id, quod ab vno consequi potest, a pluribus obtinere, & ideò licet durum sit debere priuatum aduersus plures experiri, cum ab vno solidum potest consequi, nulla tamen durities est, immò maxima est æquitas, fiscum qui potest a pluribus rerum obligatarum possessoribus suum consequi, id ab vno extorquere cum maxima eius iactura, & litium multiplicatione.

15 Quod verò dicitur absurdum esse id denegari fisco, quod priuatis conceditur, ex eadem l. Moschis tollitur, dum non permittit fisco aduersus possessores rerum obligatarum agere, nisi excussis debitoribus, hoc enim non erat tunc observandum a priuatis *l. 24. C. de pignor. l. fin. C. de oblig. & act.* quod etiam in alijs olim obtinuit, vt constat ex l. 2. *C. Theod. de testam.* ex Cuiac. *ad l. auferetur 46. §. fin. de iur. fisci. §. si in l. vnica, C. de caduc. tollen.*

16 Non omitto autem ex allegata l. Moschis colligi excussionis exceptionem, quæ alias non esset admittenda in vtili Saluiano interdicto (loquor ex eorum opinione, qui omnibus creditoribus hypothecarijs hoc remedium concedunt, & eorum qui negant huiusmodi exceptionem in hoc iudicio admitti) non esse reijciendam cum proponitur a possessore conuento a fisco vtili Saluiano interdicto.

Cum enim I.C. nulla facta distinctione, an possessores rerum Moschidis a fisco conuenirentur vtili Saluiano, vel quasi Seruiana, affirmet eos non esse conueniendos antequam non constiterit heredes debitricis non posse solidum præstare, de vtroque remedio est intelligendus, alioquin dignus esset nota, quòd non explicauerit de quo remedio loquatur.

17 Deindè æquitatis ratio, quæ mouit Imperatorē ad id cōcedendum, cum fiscus hypothecaria agit, multò magis viget in Saluiano, cur ergo volumus separare ea, quæ eadem æquitas coniungit? maximè, quia alias inane redditur decretum Imperatoris, in potestate enim fisci est omissa actione hypothecaria ad vtile Saluianum confugere.

Quod ergo plerique dicunt excussionis beneficium non esse admittendum in iudicio Saluiani interdicti, non obtinebit cum fiscus hoc remedio vtetur.

An fiscus habeat ius prælationis aduersus tacitas hypothecas anteriores, & in bonis a communi debitore quæsitis postquam cum eo contraxit ad l. si is, qui 28. ff. de iure fisci. *Cap. XXXVII.*

1 Fiscum creditoribus anteriorem hypothecam habentibus cedere pro regula traditur *in l. res quæ 22. §. 1. ff. de iur. fisci, in l. si pignus 8. ff. qui pot. in pig. hab.* idem probatur *ex l. 2. C. de priuileg. fisci*, dum docet, hypothecam anteriorē fiscum excludere; hoc enim ex iure ordinario esse inde liquet, quod tunc temporis priuilegium nullum habebāt hypothecę dotales, *l. assiduis, post princip. C. qui pot. in pig. hab.*

2 Circa hanc regulam primò dubitatur, an procedat in tacitis hypothecis fisco anterioribus, & negare videtur gloss. *in d. l. si pignus*, ad quam se ibi remittit Salicet. ead. gloss. *in l. 2. C. de priuileg. fisci, in gloss. fin.* & ibi Castr. *in fi.* Bald. *in l. assiduis, nu. 4. ad fi. C. qui pot. in pig. hab.* Statilius Pacincus *de Saluiano interd. inspect. 3. cap. 2. num. 472.*

3 Contrarium docet gloss. *in d. l. assiduis, in gloss. magna, vers. nam & priuatur*, quæ communiter recipitur Din. *in cap. prior in tempore, num. 12. de reg. iur. lib. 6.* Bart. *in l. si is qui, nu. 1. ff. de iur. fisci.* Alex. *cons. 58. num. 5. lib. 7.* Bald. Nouellus *de dote par. 10. num. 2. ad fin.* Negusant. *par. 5. memb. 2. num. 42.* & alij, quos refert, & sequitur Couar. *lib. 1. var. c. 16. num. 2. ad fin.* Peregrin. *de iur. fisci lib. 6. tit. 6. nu. 16.* P. Barbos. *ad l. 1. § 2. nu. 21. vers. & tamen prædictis, ff. sol. matr.* P. Costalius *ad l. fin. nu. 4. ff qui pot.*

4 Et hęc opinio verissima est, in iudicandoq; omninò retinenda erit. Cum enim constet fiscum vti iure communi in his, quæ specialiter non fuerunt in eius fauorem constituta, nulla causa est eximendi hypothecas tacitas ex regula contra fiscum ratione iuris sic suadente constituta, cum vis verborum eas contineat, & eadem adsit ratio, quia scilicet in hypothecis prior in tempore potior est in iure, *l. potior est 11. ff. qui pot. in pig. hab.* neque enim minus iuris tribuit hypotheca tacita, q̃ faciat expressa, vt per Rom. *cons. 147. nu. 1. vers. primo quia.* Alex. *cons. 58. num. 5. lib. 7.* Negus. *de pignor. par. 2. membro 4. num. 2.* cum alijs, quos refert, & sequitur Statilius Pacincus *de Saluiano interdicto, inspect. 3. c. 4. nu. 4. vbi nu. 5.* subdit immò tacitam hypothecam potentiorem esse ex pressam ex Soc. sen. *cons. 41. num. 11. lib. 4.* Crauett. *cons. 27. nu. 6.* quod respectu causæ obligationis est indubitatum. Nam constat, eas causas, quæ priuilegium tacitæ hypothecæ habent, fauore dignas existimari, quod non contingit in omnibus creditoribus, qui hypothecam expressam habent.

5 Eadem opinio probatur *ex l. 1. C. rem alienam gerentibus*, dum ait, bona tutoris per eum in fiscū alienata in fiscum transferri cum sua causa, hoc est cum onere satisfaciendi debitis tutelaribus, vt ibi omnes exponunt; constat enim hypothecam pupillo competentem aduersus bona tutoris esse tacitam *l. pro officio, C. de administr. tutor. & cur.*

6 Secunda dubitatio circa regulam supra firmatam pertinet ad bona quæsita posteaquam fiscus contraxit, an scilicet is, cui obligata fuerunt omnia bona præsentia, & futura, habeat ius prælationis in bonis quæsitis postquam fiscus contraxit cum communi debitore, & plerisque nostrorum placet, fiscum præferendum esse auctoritate tex. *in l. si is qui 28. ff. de iur. fisci*, dum inquit.

Si is qui mihi obligauerat, quæ habet, habiturusve esset, cum fisco contraxerit, sciendum est, in re postea quæsita fiscum potiorem esse debere, Papinianum respondisse, quod & constitutum est: præuenit enim causam pignoris fiscus.

7 Aduersus hanc sententiam adferri solet *l. fin. ff. qui pot. in pign. hab.* multumq́ue laborant DD. vt ostendant, indè nihil colligi, quod huic sententiæ aduersetur, de quo latè egi infra c. sequēti, & ideò omissa disputatione ad huiusmodi textum pertinente, de intellectu *d. l. si is qui*, diligēter tractabo.

Illa

8 Illa verba, ſi is, qui mihi, &c. cum fiſco contraxerit, ſecundum regulas Grammaticorum poſſe referri ad tempus præteritum, & tempus futurū, nulli dubium eſt, idque etiam animaduerterunt gloſ. ibi, Salic. *in l. fin. ff. qui pot. in pig. hab.* Hugo Donellus *de pignor. & hypoth. c.* 1 1. a quibus non diſſentit Bart. *in d. l. ſi is, qui ante, nu.* 1. *verſ. & pro hac lectura*, & proindè ſecundum vim, & ſignificationem propriam verborum textus noſter duplicem ſenſum habere poteſt. Primus eſt, vt agat de eo, qui prius cum priuato contraxit, deindè cū fiſco. Secundus, vt agat de eo, qui primò cum fiſco, deindè cum priuato conuenit; ſi enim in tempore futuro accipiatur *contraxerit*, fiſcus poſterior creditor eſt, ſi vero in tempore præterito, fiſcus anterior eſt.

9 Vt ergo intelligamus, quo in tempore iſtud verbum accipi debeat, cætera verba textus, iuriſque rationem diligenter perpendere nos oportet.

Quò ad verba pertinet, vt in tempore futuro textum intelligamus, ſuadent illa verba, *quod & conſtitutum eſt*; neque enim opus fuiſſet conſtitutione, vt fiſcus excluderet creditorem poſteriorē etiam in bonis poſtea quęſitis, cum id accidere videamus in cæteris creditoribus anterioribus *l. licet, C. qui pot. in pignor. hab.*

10 Secundò I. C. in hac lege eius mētis eſt, vt proponat priuilegium fiſci, ergo non accipit huiuſmodi verbum in tempore præterito, quia tunc nullum proponeret priuilegium; deciſio enim textus ſic accepti conformis eſt iure, quo argumento vtitur Bart. *loco allegato*, & cum eo Ang. & Alber. Fulgoſ. & alij.

11 In contrarium verò vrget, priuilegia non eſſe ſine neceſſitate multiplicanda, & proindè abſurdum eſt, textum, qui poteſt commodè ſecundum regulas iuris communis exponi, ſic intelligere, vt nouum cōtineat priuilegium in præiudicium creditorum, commodè, inquam, retento hoc ſenſu, in hoc textu enim quæritur, an in bonis poſtea quæſitis fiſcus præferatur creditori poſteriori, in poſtea quæſitis inquam, quia de antea quæſitis inæptum fuiſſet quærere.

12 Secundò I. C. dicit, ſecundum huiuſmodi ſententiam reſpondiſſe Papinianum, ergo id, quod in hoc textu continetur, ex iuris ratione deducitur; neque enim ad Papinianum pertinebat fiſco priuilegia concedere. Reſpondit, inquam, ita Papinianus, antequam quidquam de hac re Princeps decreuiſſet, vt indicant illa verba, *Papinianum reſpondiſſe quod & conſtitutum eſt*. Niſi enim decretum Principis in confirmationem ſententiæ Pap. factum fuiſſet, non ſatis prudenter Vlp. qui non eſt admodum frequens in allegando Papiniano, reſponſi eius mentionem feciſſet, quia ſuperfluū eſt, reſponſum iuris allegare, vbi extat conſtitutio, quod tamen prudentiſſimè fuit factum admiſſo intellectu noſtro ad indicandam nempè originem huiuſmodi iuris venire ex iuris ratione.

13 Tertiò I. C. reddens rationem, cur fiſcus præferatur, ait, *Præuenit enim cauſam pignoris fiſcus*. Hæc præuentio ex iure communi non poteſt vlque elici, niſi in tempore præterito verbum *cōtraxerit* accipiatur, ergo neceſſe eſt eam deducere ex priuilegio, accipiendo verbum *contraxerit*, in tempore futuro. At hoc abſurdum eſt, ergo abſurdum erit hoc verbum ſic accipere.

Abſurditas autem in eo conſiſtit, quòd ad comprobationem huiuſmodi prælationem hæc ratio a I. C. allegatur, & ideò præuentio ab ipſo allegatas ex ipſomet priuilegio non eſt deducenda; tunc enim ratio allata ad comprobationem priuilegij in ipſiuſmet priuilegij tenore penderet. Quid enim refert dicere fiſcum præferri, quia ex priuilegio ei conceſſum fuit, vt videatur fiſcus cauſam pignoris anterioris creditoris præueniſſe?

14 Non omitto tamen Ant. Fabr. *lib.* 1. *coniectur. c.* 10. conatum fuiſſe hanc præuentionem deducere ex iure communi, quia nempè fiſci hypotheca legis beneficio introducitur *l. auffertur* 46. *§. fiſcus ff. de iur. fiſci*, & proindè non ſolum alteri concurrit, ſed etiam prior tempore eſſe intelligitur, quia eo ipſo, quod fiſcus contrahit, hypothecam habet, alter verò non alias quam ſi eam ſibi acquirat finito, perfectoque contractu, cuius ea acceſſoria eſt.

15 Idem probare conatur Alex. Turam. *ad l. non puto, de iure fiſc. c.* 3. *a nu.* 25. ex eo ſcilicet, quod eum lex maiorem habeat virtutem, quam conuentio partium, hypotheca legalis velocius agit in rem obligatam, & proindè præueniſſe cenſetur anterioris creditoris hypothecam, non quidem ex priuilegio, ſed vi ſua.

16 Reſpondeo, eo tempore, quo res debitoris, de quo agimus, efficitur, perfectam eſſe, & abſolutā conuentionem ſuper hypotheca factam, & proindè eo inſtanti, quo res ad manus debitoris venit, effectum ſuum parit, ita vt ab hypotheca legali nō potuerit niſi ex priuilegio præueniri.

Licet res aliena obligari non poſſit, rem clarius explico *l.* 1. *& toto tit. C. ſi aliena res pignori data ſit*, receptum tamen fuit, valere obligationem rerum, quas debitor habiturus eſt *l.* 1. *in princ. ff. de pignor. & hypoth.* hæc enim non eſt pura obligatio, ſed conditionalis, ſi nempè res factæ debitoris fuerint, ſub qua conditione res aliena rectè obligatur *l. ſi fundus* 16. *§. aliena res, eod. tit.* Cum itaque ea ſit vis cōditionis, vt ſtatim, ac adimpleta fuerit, res perfecta fuiſſe cenſeatur ex eo tempore, quo geſta fuit, res, de quibus agimus, priori creditori obligatæ cenſentur ex eo tempore, quo contraxit. Audi Caium I. C.

Videamus, an idem dicendum ſit, ſi ſub conditione ſtipulatione facta hypotheca data ſit, qua pendente alius credidit pure, & accepit eandem hypothecam, tunc deindè prioris ſtipulationis exiſtat conditio, vt potior ſit, qui poſtea credidit, ſed vereor, nū hic aliud ſit dicendum; cum enim ſemel conditio extitit, perindè habetur, ac ſi illo tempore, quo ſtipulatio interpoſita eſt ſine conditione facta eſſet, quod & melius eſt l. potior 1 1. *ff. qui pot. in pig. hab.* & ideò legalis hypotheca eſto, quod velocius agat in rem obligatā, non poteſt detrahere iuri prioris creditoris, quia contractus, vel res geſta, ex qua huiuſmodi hypotheca pendet poſt primam obligationem, ad cuius tempus retrahitur, facta fuit; abſurdum enim eſt affirmare hypothecam prius exiſtere, quam factum fuerit commercium, ex quo ipſa pendet.

Argu-

17 Argumento primo in fauorem fisci allato respondeo, Constitutionis nomine non tam significari leges, quam rescripta ab Imperatore reddita, vt admonet Cuiac. *in Paratitlis, C. de legib.* & constat ex Constit. de nouo Cod. faciendo, §. 1. *vers. & illas*, & in fine Constitutionis ex constit. de Iustin. Cod. confirmando §. *sed cum sit necessarium, & in §. haec igitur, & in §. illa fitis*, & in constitutione de emendatione Codicis D. Iustin. *in princ. & ante §. supradictis, & in eodem §. supradictis, & in tit. C. de veter. iur. enucleãdo, post principium vers. cũ itaque, & prope finem vers. ideoque iubemus*, & *in l. 2. eiusdem tituli post princ. vers. nostra quoque maiestas*. idem constat ex §. 1. *Procem. Instit. vers. & cum sacratissimae*, & proinde salua verborum significatione dicimus, textum nostrum non esse intelligendum de constitutione, quatenus legem generalem significat, sed quatenus significat rescriptum ab Imperatore redditum, qua explicatione admissa
18 corruit argumentum. Constat enim plurima extare rescripta de rebus clarissimis edita *l. 5. C. de loc. & cond. l. certum 22. C. de rei vindic. l. 8. C. de testam. milit. & l. sequenti, & l. 11. & l. sequenti. l. 2. & 4. C. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacite contrahat. l. distractis 14. C. de pignor. & hypothec. l. 6. C. si res aliena pignor. dat. fuer. l. 2. & 3. C. quae res pignor. oblig. possit. l. eos 9. C. qui pot. in pig. hab. & l. seq. cum infinitis similibus*. de rebus etiam indubitatis extant infinitae ferè leges in libris florum, caeterisque locis praetermissis ex eod. tit. de iure fisci, id euidenter probabo, nempè *ex l. 3. §. si quis palam, vers. tacita, & vers. Diui, ex l... vers. deferri, ex l. 33. ex l. 45. vers. si plus*.

19 Secundum autem argumentum vitro fragilius est, cum gratis dicatur, mentem Vlpiani esse, priuilegium fisci proponere, quia hoc incertum est, non modò, quia vtitur auctoritate responsi Papiniano redditi, quod dubio procul iuris ratione pendebat, sed etiam quia lib. 3. disputationum, ex quo haec lex desumpta fuit, Vlpianus non agebat de priuilegijs fisci, quod inde liquet, quia in titulo de iure fisci nulla lex alia extat, quae ex eodem libro fuerit desumpta: in eo autem Vlpianum egisse *de pignor. & hypothec.* argumentum praestat *l. 3. ff. qui pot. in pig. hab.*

20. Cum itaque nulla extet ratio, quae nos cogat verbum *contraxerit* in tempore futuro accipere, & vrgentes adsint causae existimandi, in tẽpore praeterito acceptum fuisse ab Vlp. nullatenus recipiendum erit huiusmodi priuilegium; nullum enim praeterea aliud fundamentum habet: huius autem sententiae auctorẽ habeo Accurs. *in hac l. in gloss. 1.* nam cum opposuisset huic legi *l. fin. ff. qui pot. in pig. hab.* tres affert solutiones, & in postrema inquit. *Vel tertio dicas, hic cum fisco contraxit, ante quã meecum*; cum enim nullam ex solutionibus relatis approbet nominatim, eam, quam postremo loco refert, approbasse cẽsetur, iuxta tradita per Felin. *in c. 1. de constitut. num. 55. vers. quarto nota*, & alios quos latè affert clarissimus in vrbe causarum patronus D. Antonius Maria Corasius *in tract. de comm. opin. lib. 1. tit. 6. num. 99.* cum glossa autem sentit Salic. praeclarus certè iuris nostri interpres *in l. final. ff. qui pot. in pign. hab. nume. 2.* Hugoque Donellus *de pignoribus, & hypothecis. cap. 12.*

21 Aduersus idem priuilegium afferri solet *l. fin. ff. qui pot. in pig. hab.* varijsque modis ei satisfacere aduersarij conantur, vt constat ex ijs, quae in cap. sequenti continentur, vbi huiusmodi expositiones confutaui, nisi vehementer fallor, euidenter ostendique retento hoc priuilegio nullam aliam rationem esse euitandi huiusmodi textum, quam eam, quae a me ibi proponitur, quę cum ab omniũ interpretum mente discedat, non poterunt pragmatici mordicus receptae sententiae inhaerentes se excusare, quod opinionem abhorrentem ab omnium interpretum mente sequantur, vt conferuẽt fisco priuilegium, quod vitreo nititur fundamento cum euidenti damno priuatorum anteriorem hypothecam habentium.

De intellectu legis final. ff. qui potior. in pign. hab.
Cap. XXXVIII.

1 Exercuit, exercetque nostrorũ ingenia responsum Sceuolae I.C. de quo *in l. fin. ff. qui pot. in pign. hab.* eius species est eiusmodi.

Titius Seiae ob summam, quam ex tutela ei condemnatus erat, obligauit pignori omnia bona sua, quae habebat, quaeque habiturus esset: postea mutuatus a fisco pecuniã pignori ei omnes res suas obligauit, & intulit Seia partem debiti, & reliquam summam nouatione facta eidem promisit: in qua obligatione similiter vt & supra conuenit.

2 In hac specie duae factae fuerunt conuentiones inter Titium, & Seiam. Prima antecessit contractum mutui inter fiscum, & Titium initum. Secunda verò nequaquam; nam inquit tex. *Postea mutuatus a fisco pecuniam pignori res suas obligauit, & intulit Seia partem debiti, & reliquam summam nouatione facta eidem promisit.*

3 Circa hanc speciem quaesitum est, an Seia praeferenda sit fisco etiam in illis rebus, quas Titius tempore prioris obligationis habuit, itẽ in ijs rebus, quas post priorem obligationem acquisiuit, donec vniuersum debitum suum consequatur: respondítque Sceuola nihil proponi, cur non sit praeferenda.

4 Circa hoc responsum multa scripserunt nostri interpretes, & praecipuè eruditiores, vt constat ex ijs, qui Commentarios ad hunc titulum scripserunt, ex Bart. & Cuiac. *ad l. si ir qui 28. ff. de iur. fisc.* ex Neguſ. *de pignor. 5. p. membro 2. num. 42.* ex Peregrin. *de iur. fisc. lib. 6. tit. 6. a num. 15.* ex Donello *de pignor. cap. 12.* ex Cuiac. *lib. 10. obseru. 22. post princ.* ex Ant. Fabr. *lib. 2. Coniect. cap. 10.* ex Iul. Pacio *in Antinom. cent. 5. q. 29.* ex Fornerio *lib. 2. Select. c. 24.* ex Turamino *ad l. non puto, c. 3. a num. 25. ff. de iure fisci*.

5 Dubitatio in hoc responso proposita est duplex. Prima respicit bona, quae Titius tempore prioris obligationis habuit. Secunda pertinet ad bona, quae post priorem obligationem acquisiuit. De prima dubitatione prius agamus.

Dubitandi ratio in eo consistit, quod per nouationẽ ius pignoris extinguitur *l. aliam, ff. de nouat.* & ideò Titius ex priori obligatione agere amplius non posse videbatur, cum dicat I. C. secundam obliga-

obligationem cum nouatione fuiſſe factam; nam quò ad hanc ſecundam obligationem Titius non eſt prior fiſco, vt oſtendi num. 2.

6 Reſpondeo, vt extinguatur hypotheca, non eſſe ſatis nouari obligationem perſonalem, ſed opus eſſe, vt adſit animus nouandi hypothecariã *l. Paulus reſpondit 30. ff. de nouat. l. vnica, C. etiam ob chirographar. pecun.* huiuſmodi autem animus non præſumitur, cum eiuſdem debiti noua ſit cũ eadem hypotheca obligatio *l. 3. ff qui pot. in pign. hab.* vbi Cuiac. *lib. 11. reſponſ. Papin.* elegantiſſimè id explicat, *& l. ſi prior creditor 11. eod. tit.* & proindè non eſt mirum ſi Seia vtatur hypotheca ex priori obligatione contracta, cum ſecunda facta fuerit obligatio de eodem debito cum eadem hypotheca.

7 De ſecunda dubitatione nũc agamus, quæ pertinet ad res, quas poſt priorem obligationem acquiſiuit, donec vniuerſum debitum conſequatur, & ideò pertinet etiam ad res acquiſitas a Titio poſteaquam cum fiſco contraxit, quia eo tempore, quo cum ipſo contraxit, non fuerat Seiæ ſatiſfactum, alias fruſtra diſputaretur de prælatione inter eam, & fiſcum. Cauẽdum itaque eſt a Cuiac. *lib. 10. obſeru. 22.* dum ſcribit textum eſſe intelligendum de rebus poſtea quidem quæſitis, antequam tamen cum fiſco contraxiſſet, quod repetit *in l. ſi is qui, ff. de iur. fiſci*, aduerſus quam ſententiã vrget etiam illud, quod proponit Ant. Fab. *lib. 2. coniectur. c. 10.* non eſſe ſcilicet differentiam inter bona quæſita tempore prioris obligationis, & ea, quæ deindè quæſita fuerunt antequam tamen cum fiſco contraheret, & ideò, ſi de his bonis intelligeret, nõ erat, cur hæc ab illis ea diſtingueret.

8 Ex quo etiam corruit id, quod circa eandem rem ſcribit Ant. Fab. *lib. 2. coniectur. cap. 10.* dum docet, mulierem in poſtea quæſitis non indiſtinctè præferri, ſed ſolum in ijs, quæ ante nouationẽ quæſita fuerunt; nam verba *donec vniuerſum debitum ſuum conſequatur*, relata ad verba *item in illis rebus, quas poſt priorem obligationem acquiſiuit*, hũc intellectum, aduerſus quem alia afferre poſſem, clarè deſtruunt.

9 Laborant autem DD. in inueſtiganda ratione, cur fiſcus Seiæ cedat, cum regulariter fiſcus in rebus poſtea quæſitis prȩferatur creditori generalem hypothecam habenti *l. ſi is, qui, ff. de iure fiſci*, & quid ipſis placuerit, antequam exponam, & cõfutem, admonitum te volo bone lector, hanc rem pro explorata habitam fuiſſe a I. C. inquit enim *nihil proponi cur Seia non ſit præferenda*, & proindè reijcienda erit omnis expoſitio, quæ in diſputationem commodè poſſit reuocari, velut aliena a mente I. C. neque enim is pro explorato habuiſſet, quod in dubium commodè vocari poterat.

10 Bartolus *in d. l. ſi is*, dixit, ideò Seiam præferri fiſco, quia eius hypotheca erat priuilegiata; nam pro mala adminiſtratione tutorum tacitè lex obligat bona tutoris, & curatoris *l. pro officio, C. de adminiſtr. tut. & cur.* nemo itaque mirari debet, cur fiſcus aduerſus eam ſuo non vtatur priuilegio, quia quando fiſcus contendit cum priuilegiato, eius priuilegium minus potens eſt, quàm alias eſſe ſoleat. Concordãt alij, de quibus Peregrin. *de iure fiſci lib. 6. tit. 6. num. 15. & 18.* Iulius Pacius *in Antinom. cent. 5. q. 29.* & cæteri ferè omnes, qui exiſtimant, fiſcum cedere Seiæ in bonis quæſitis, poſtquam cum fiſco contraxit.

11 Aduerſus quos diſputant Fulgoſ. *in d. l. fin.* Donellus *de pignor. c. 12.* Ant. Faber *lib. 2. coniect. c. 10.* & vt mihi videtur, rectiſſimè. Cum enim duobus priuilegiatis inſimul certantibus inſpici debeat, quis reſpectu eius de quo diſputatur, habeat priuilegium; quia is præualet, qui in eo, de quo quæritur, priuilegiatus eſt, vt tradit Bart. *in Auth. quas actiones, C. de S. S. Eccleſ. nu. 3.* quem alij communiter ſequuntur, vt conſtat ex Felin. *in c. in præſentia, num. 30. de probat.* & ex alijs, de quibus ſupra lib. 2. cap. 33. nume. 14. manifeſtum eſt, hoc non potuiſſe mouere I. C. ad ita reſpondendum, quia priuilegium tacitæ hypothecæ nihil commune habet cum priuilegio, quod habet fiſcus in ſpetie, de qua agimus, & ideò tanti momenti eſſe nõ poterat, vt exploratum eſſet, Seiam debere præferri fiſco aduerſus quem facilè reſpondere perrarò tutum erat.

12 Deindè I. C. *in d. l. ſi is qui, de iur. fiſci*, ait, Ideò fiſcum præferri, quia is cauſam pignoris præuenit. Si enim fiſci conditio ea eſt, vt in hac ſpetie præueniſſe intelligatur, ad ipſum excludẽdum neceſſè eſt, vt creditor ſpetiali iure impediat hanc prȩuentionem, vel vt prȩlationẽ habeat; neque enim abſque priuilegio in hypothecaria actione poſterior excludit priorẽ creditorem *l. potior 11. ff. qui pot. in pignor. hab.* ergo beneficium tacitæ hypothecæ in hac ſpetie fiſcum non poterat impedire, quia non ſufficit ad inducendam præuentionem huiuſmodi, nec tribuit prælationis priuilegium.

13 At dices: cauſa, ob quam iuris noſtri conditores moti fuerunt ad concedendam tacitam hypothecam pupillis efficit, ne credamus aduerſus ipſos voluiſſe concedere fiſco priuilegium prȩuentionis. Nihil agis; nam ambiguum valdè eſt, an diſpoſitio generaliter loquens comprehendat priuilegiatos, & magis recepta opinio docet, eos contineri, niſi is, de quo agimus, priuilegium habeat in ſpetie, de qua tractatur, adeas Ant. Gabr. *tit. de legib. concl. 1.* Hier. Gabr. *conſ. 20. lib. 2.* Burſ. *conſ. 66.* Surd. *deciſ. 387. & conſ. 361.* Cephal. *conſ. 109.* Clariſſimum D. Petrum Caballum *lib. 2. conſ. 22. & conſ. 97.* D. Fachin. *lib. 12. c. 81.* Ladercb. *rõſ. 66.* P. Barboſ. qui latiſſimè hoc tractat *in l. 1. par. 1. ff. ſol. matr. num. 1. cum pluribus ſequentibus*, & proindè non licet nobis exiſtimare motum fuiſſe Sceuolam ad dicendum cauſam Seiȩ euidenter potiorem eſſe cauſa fiſci, quia agebatur de debito tutelari; huiuſmodi enim creditum, quò ad id de quo tractatur, nullum habet priuilegium.

14 Rurſus dices cum Turamino *ad l. non puto, c. 3. a num. 25 ff. de iur. fiſci*, vim, & poteſtatem hypothecæ legalis competentis Seiæ in eo conſiſtere, vt non ſinat ſe prȩueniri ab hypotheca fiſci, dicam clarius; Ideò fiſcus in poſtea quæſitis præfertur anteriori creditori, quia dum res acquiritur communi debitori, eodem tempore concurrunt hypotheca expreſſa anterioris creditoris, & tacita fiſci, quæ cum legis auctoritate oriatur, maiori pollet virtute, quam habeat conuentionalis, & proindè,

dum

dum quæritur, quę hyoptheca prius cõstituta fuerit in his bonis, respondetur ad fauorem fisci, quia cum maiori polleat vi, velocius operatur, & ideò dicimus, hypothecam fisci præuenisse creditoris hypothecam, cum ergo tractatur de creditore habente hypothecam legalem, aliter se se res habet, quia eius hypotheca cum ab eadem oriatur potestate, eandem vim habet, exclusa autem præuentione fiscus non potest creditorem excludere *l. 1. C. de priuileg. fisci*, cum allegatis in cap. antecedenti, num. 1.

15 Respondeo, vt alia prętercam, ex hac ratiocinatione nihil aliud sequi, quam hypothecam legalem creditoris æqualem habere cum hypotheca fisci potestatem, & proinde ex hoc sequitur vno, eodemque prorsus tempore vtramque hypothecam afficere res, de quibus agitur, ergo hypotheca fisci nõ excludetur ab hypotheca Seię; in hac enim materia prioritas temporis consideratur *l. si prior, ff. qui pot. in pign. hab.* huius ergo rei rationem non habuit I. C. cum dixit fiscum etiam in postea quæsitis excludi a Seia; nam ratio, quæ ipsum mouit, adeò erat potens, vt non dubitauerit dicere, nihil in huiusmodi spetie proponi, cur fiscus non debuerit excludi.

16 Cum itaque causæ a DD. allegatæ, cur fiscus non præferatur Seiæ in postea quæsitis, multas patiuntur dubitationes, alia est inuestiganda huius decisionis ratio, quæ adeò clara sit, vt rem in aperto constituat; duæ autem, vt mihi videtur, sunt causæ, cur fiscus in hac spetie excludatur. Prima, quia fiscus ad instar priuatorum excluditur in postea quæsitis a creditore anteriorem hypothecam habente, quia nulla extat lex, quæ ei hoc priuilegium concesserit, vt luculenter probaui in antecedenti capite a nu. 8. hęc enim ratio, licet hoc tempore propter nostrorum interpretum auctoritatẽ dubia sit, tempore tamen Sceuolæ aliud erat; neque enim apparet vllum extitisse ex I. C. antiquis, qui id existimauerit.

17 Alia verò ratio, quæ forsan magis ijs placebit, qui a recepta opinione nolunt discedere, in eo cõsistit, quod in hac spetie hypotheca competens fisco non continebat bona futura, quod non est difficilè intelligere ex illis verbis.

Postea mutuatus a fisco pecuniam, pignori ei omnes res suas obligauit. Si enim in huiusmodi obligatione intentio partium fuisset bona futura continere I. C. id expressisset, sicut fecit, cum locutus fuit de obligatione Titij ad fauorem Seiæ contractæ, de ea enim sic inquit. *Titius Seiæ, ob summã, quæ ex tutela ei condemnatus erat obligauit pignori omnia bona sua, quæ habebat, quæque habiturus esset.* Nam illa verba, *pignori ei omnes res suas obligauit*, secundum ius, quod tunc obtinebat, non comprehendebant, nisi bona pręsentia *l. fin. §. super qua, C. quæ res pignori oblig. poss.* huiusque sententiæ auctorem habeo Salicetum interpretem acutissimũ, & dignum, quem versantes in iure familiarem habeant *in hac l. ad fin.*

18 At dices: licet expressa hypotheca bona futura non contineret, in hypotheca tamen tacita fisco competenti in bonis eorum, cum quibus contrahit, continebantur. Respondeo inter rerum fiscalium ministros, & Titium actum fuisse, ne bona futura fisco essent obligata; si enim secus fuisset, in obligatione ipsa expressissent; in hac namque materia inclusio vnius alterius exclusio est *l. fin. C. quæ res pignor. oblig. poss.* huiusmodi autem conuentionem obseruari debuisse non est dubitandum, cum conuentiones factæ ab administratoribus rerum fiscalium dubio procul valeant in ijs, quæ ad res fisci pertinent.

Priuilegium fisci ex causa Primipili aduersus quos hodie competat ad l. satis notum, C. in quibus causis pignus tac. contrab. *Cap. XXXIX.*

1 SI ex causa Primipili quis fisci debitor sit, & nõ possit ei satisfacere, capit fiscus res dotales vxoris eius *l. satis notũ, C. in quib. caus. pign. tac. contrah.* conuenitque filios debitoris etiam si abstinuerint ab hæreditate paterna *l. 4. C. de Primipilo, lib. 12.*

2 Hoc ius hodie exerceri posse aduersus Thesaurarium generalem Principis docuit Ang. *in l. 1. C. de priuil. fisci, & in d. l. satis notum*, & ibi etiam Bal. Alex. *in l. a D. Pio, §. in venatione, num. 27. ff. de re iud.* Franc. Parment. *de iur. fisci, num. 18.* Martinus Garrat. *de fisco quæst. 214* Capic. *decis. 119.* Io. Bolognet. *in l. 1. num. 202 ff. sol. matr.*

3 Contrarium sentit Paul. de Castr. *in d. l. 1. C. de priuil. fisci*, & apertè scribunt Couar. *lib. 1. var. cap. 16. num. 7. vers. hac sanè vera est.* Cuiac. *ad tit. C. in quib. caus. tacite pignus, vel hypotheca contrab. col. 2. vers. & quod ita.*

4 De hac dissensione meminit Peregr. *de iur. fisci, lib. 6. tit. 6. num. 43.* & neutram partem apertè sequitur, eandem rem indecisam reliquerunt P. Barbos. *ad l. 1. ff. sol. matr. par. 7. num. 4.* P. Io. Fontanella *de pact. dotali, par. 2. claus. 7. gloss. 2. par. 3. num. 11. & 12.* ad euitandam, vt puto, inuidiam eorum, qui tractant res fisci.

5 Ius, de quo agimus, spetialiter fuisse constitutũ in causa Primipilari, agnoscunt Odofred. *in l. satis notum, C. in quib. caus. pign. tac. contrab.* vbi Baldus ait, hoc esse ius spetialissimum, cõcordant Salicet. & Io. Fab. ibidem, Odofr. rursus *in l. 2. ad finem, C. ne vxor. pro mar.* & ibi Azo *in Summa ante num. 1.* Butrig. *vers. ex prædictis*. gloss. *in cap. ex parte, in verbo alienat, de consuetud. vers. in casu tamẽ*, vbi Io. Andr. *ad finem vers. Primipilaris.* Ant. de Butr. *propè fin. vers. solutio regulariter.* Abb. *in 5. vers.* in causa Primipilari eãdem spetialitatem agnoscit Bart. *in l. 1. num. 24. ff. sol. matr.* & denique omnes eam agnoscunt, si credimus Alexandro Turamino *ad l. non puto, par. 2. cap. 1. num. 8. ff. de iure fisci.*

Et clarissimi iuris id est, cum constitutum sit, nec filium pro patre, nec vxorem pro marito teneri *l. 1. & toto tit. C. ne vxor. pro mar. & l. 1. C. ne fil. pro patr.* immò pro regula traditur, fiscum non excludere mulierem, nisi eius hypotheca posterior sit *l. 2. C. de priuileg. fisci.*

6 Quicunque ergo asserit hæc iura in Thesaurario generali habere locum, alterum docere debet, vel eum exercere officium Primipili, vel causam idoneam esse, vt id, quod de Primipilo statutum fuit, ad ipsum trahatur.

Vt

7 Vt autem cognoſcamus, an Theſaurarius, & officialis aduerſus quem iura huiuſmodi allegantur, Primipili officium gerat, quod nam Primipili officium fuerit, neceſsè eſt explicare. Cumque hoc ex notitia morum Populi Romani pendeat, non erit confugiendum ad veteres iuris noſtri interpretes, qui propter temporum barbariem linguæ latinæ, & morum veteris P. R. nullam ferè notitiā habuerunt, ſed recentes interpretes ſunt adeundi, qui ob bonarum litterarum propagationem plus in his rebus, quam vetuſtiores, valent, vt admonet Rota *deciſ. 542. num. 12. par. 1.*

8 Apud recentes autē interpretes eruditiores receptum eſt Primipili officium fuiſſe annonam militibus in caſtris degentibus diſtribuere, Alciat. *in rubr. de Primipilo, lib. 12.* & ibi Dinus idem docet, concordant Claud. Cotareus *de iure militar. lib. 1. cap. 22.* Couar. *lib. 1. var. c. 16. num. 7.* Cuiac. *in l. 3. C. de robortalib. lib. 12. & in tit. C. in quib. cauſ. pign. tac. contrah. col. 2. & ad tit. C. de cond. ex lege, & ad l. 8. col. 3. de excuſ. tutor.* & cum his ſentiūt auctores Theſauri linguæ latinæ *in verbo Primipilus*, & Lexicon Iuridici, & conueniunt Io. Bolognet. *ad l. 1. num. 202. ff. ſol. matr.* & ibi P. Barboſ. *par. 7. num. 2.* Rot. *deciſ. 812. nu. 31. par. 1. diuerſ.* Alex. Turam. *ad l. non puto, par. 2. cap. 1. num. 8. ff. de iur. fiſci.*

9 Hocque ex varijs idoneis auctoribus deducūt, ſed præcipuè *ex l. 6. C. Theod. de cohortalib.* dum ait. *Primipilaribus, qui ad paſcendos milites ad limitē ſollemniter deſtinantur*, & ex Theodoro Græco iuris noſtri interprete, qui Primipilum definit, *eſſe annonā, quę datur Primipili Centurionibus, vt inter milites diſtribuatur.*

10 His præcognitis non licet hodie ſine graui culpa ſequi opinionem Angeli, & Baldi, dum docēt, Primipili officicium fuiſſe adminiſtrare pecunias fiſci, quia hoc falſiſſimum eſſe omnes eruditi fatētur, qui de hac materia tractant, vt conſtat ex traditis ab Alexan. *lib. 1. Gen. dier. cap. 5.* vbi luculentiſſimè Andr. Tiraquell. a Coral. *lib. 5. miſcell. cap. 4.* ab Ant. Auguſtin. *in lib. ſingulari ad Modeſtum de excuſ.* a Gregor. Lopez *ad l. 16. lib. 9. par. 2. in gloſſ. 2.* a Munoz. de Eſcobar. *de ratiotin. cap. 39.* a Maſtrill. *de Magiſtratib. lib. 5. num. 9.* ab Hartm. Hartmani *in practicis obſeruat. lib. 2. tit. 27. obſeru. 19.*

Et proindè nō poſſumus ſequi opinionem Angeli, dum docet hęc iura habere locum in Theſaurario generali, quia nullum aliud affert fundamentum, quam quod eius officium ſit, idem cum officio Primipili, quod cum falſum eſſe Alex. & alij pro eius ſententia allegati ob bonarum litterarum ignorationem, quæ tunc temporis in orbe aderat, intelligere non poſſent, excuſandi ſunt, ſi eius opinionem fuerunt ſecuti, quod tamen hodie iure nō cōcedimus cuipiam, ſi cum Angeli opinione ideò concordauerit, quia exiſtimet Theſaurarij officiū eſſe illud, quod olim Primipili erat.

11 An verò per extenſionem hæc iura ad Theſaurarium generalem, aliosque officiales poſſit trahi, nunc oportet exponere, hancque extenſionem admittit Io. Bolog. *in l. 1. num. 202. ad fin. ff. ſol. matr.* nullo tamen allato huius opinionis fundamento, & ideò non eſt illi vllo modo aſſentiendum duplici ex cauſa. Primò, quia materia non admittit extenſionem de caſu ad caſum. Secūdò, quia eadem in vtroque ratio non adeſt.

12 Materia non admittit extenſionem, quia non ſolum eſt contra regulas iuris, iuxta regulā *l. quod verò, ff. de legibus*, ſed duritiem maximam continet; nemo enim eſt, qui non admittat, prædurum eſſe, filios teneri ad debita paterna, cum ab eius bę reditate ſe abſtinent, & rem dotalem mulier auferri a fiſco pro ſatisfactione ſui crediti acerbiſſimum eſſe nemo non videt; cum enim hoc genus diſpoſitionum debeat æquitatis temperamento læniri *l. 5. C. de bon. matern.* abſurdum eſſet eas interpretatione adiuuare *l. cum quidam, in fi. ff. de lib. & poſthum.*

13 Cauſam autem non eandem eſſe ſic ſtatuendi in Theſaurario, cęteriſque fiſcalium rerum miniſtris extra caſtra degentibus non eſt ambigendū; eorum enim qui militibus annonam diſtribuunt, furta, imprudētia, aut ſegnities ſeditionibus, morbiſque in exercitu cauſam prabere ſolere, infinitis propè experimentis comprobatum eſt, & ideò iuſtiſſima cauſa fuit Primipilos, quibus maxima dabantur præmia, huiuſmodi legibus coercere; vbi enim maius eſt periculum, ibi eſt cautius agendum. Conuenit etiam, vt eorum, qui pro Repub. vitam exponunt, ſummam curam Princeps gerat; quid enim abſurdius eſt, quam ſinere milites in caſtris pro ſalute communi cum infinitis propè incommodis, & vitæ diſcrimine degentes ob auaritiam, imprudentiam, aut ſegnitiem Primipilorum annonæ caritatem pati?

14 Econtra durius eſt, quam æquus iudex perpeti poſſit, vbi de iactura fiſci pecuniaria ſolum agitur, dotalia bona mulieri afferre, & cogere filios etiā ſi hæreditatem patris repudiauerint, eius debito ſatisfacere, & hæc eſt ratio cur fuerit ſtatutum, vt fiſcus anterioribus creditoribus hypothecam habentibus cedat *l. ſi fundus 8. ff. qui pot. l. 2. C. de priuileg. fiſci, l. res quæ 22. §. 1. ff. de iur. fiſci.*

15 Non licet ergo id, quod circa Primipilum conſtitutum fuit, trahere ad vllam ex his rerum fiſcalium miniſtris, qui extra caſtra res fiſcales tractāt, cum receptum ſit, extenſionem etiam in materia fauore digna non admitti, niſi vigeat eadem prorſus ratio, vt ſcribunt gloſſ. *in cap. in fidei, de heret. lib. 6. in verbo inquiſitionis*, & alij, de quibus Paril. *conſ. 83. num. 24. in 3.* Gabr. *conſ. 142. nume. 14. & 15. lib. 1. & conſ. 33. num. 9. conſ. 81. nu. 61. lib. 2.* & alij paſſim.

16 At dices eos, qui res fiſci tractant, conflare pecuniam, vt eam tranſmittant ad caſtra, vel ad ærarium, vt ibi pro neceſſitatibus publicis conſeruetur, & proindè eadem vtilitas publica hic conſideratur, quæ in cauſa Primipili efficit, vt ius, de quo agimus, conſtitueretur, *iuxta l. 3. C. de Primipil. lib. 12.*

17 Reſpondeo, vt alia præteream, hanc ratiotinationem eſſe contra *l. 8. ff. qui pot. in pign. hab. l. 2. C. de priuil. fiſci, l. ſi res 22. §. 1. ff. de iur. fiſci, l. 1. C. rem alienam gerentibus*, dum enim in his locis habetur creditores anteriores hypothecarios indiſtinctè præferri fiſco, aperte deſtruunt huiuſmodi ratiotinationem; hoc enim non accideret, ſi priuilegia Primipili ad cęteras cauſas ad fiſcū pertinentes

tes trahi possent; hoc enim admisso fiscus huiusmodi creditoribus præferendus est *l. 3. C. de Primipil. lib. 12.*

18 Est etiam contra mentem DD. huiusmodi argumentatio; cum enim doceant, hoc ius speciale esse in debito ex causa Primipili, apertè sentiunt, idem non esse obseruandum in cęteris causis, ex quibus quis fisco obligatur; ius enim speciale in vno, in cæteris indicat ius commune obseruari *l. cũ prætor, ff. de iudicijs.*

19 Cum itaque nullum ex his officijs, quæ extra castra versantur, circa res fisci, simile sit officio Primipili, iniustissimum erit ea, quæ circa Primipilũ statuta fuere, ad vllũ ex his officijs trahere, & hæc opinio in Regno Neapolitano obseruatur, ibi enim contra vllum ex officialibus Regijs non solet hoc ius obseruari ob magnam eius duritiem, teste Franc. de Ponte Præside olim in huiusmodi Regno amplissimo *in tract. de potest. Proregis, tit. 4. §. 8. num. 17.* idem obseruatur in Regno Siciliæ, vt testatur Mastril. *de magistr. lib. 5. cap. 9. nu. 91.* sicut etiam fit in Lusitania Alfardus *de iur. fisci, gloss. 16. num. 94.* in Regno etiam Aragoniæ non obseruari hoc ius contra vllum ex officialibus Regijs scribit P. Io. Fontanell. *loco allegato num. 8. vbi num. 14.* refert quandam sententiam latam hac in re ad fauorem fisci fuisse reuocatam.

20 An verò aduersus eos, qui curam annonæ militaris habent, vel stipendia militibus persoluunt, obseruari hoc ius debeat, nõ est diutius quęrendũ; nam qui annonæ militaris curam habent, cũ exercent munus, quod erat præcipuum Primipilorũ, iuris ratio poscit, vt eodem iure vtantur *l. non possunt, ff. de legib.* illos verò, qui stipendia soluunt militibus, eodem iure vti debere publica poscit vtilitas, cum eadem timeantur pericula, & ideò lex de Primipilis agens ad ipsos trahitur rectissimè *l. hoc modo 63. in fi. ff. de cond. & demonst.*

Hypotheca dotalis an præferatur creditori, cuius hypotheca eodem die fuit constituta, cum de anterioritate non constat, & quid, si creditor possessor sit, vel constet qua hora eius contractus fuerit factus. Cap. XL.

1 CVm eodem die duo fuere scripta instrumenta cum obligatione bonorum, vt moris est, nec apparet, quodnam prius fuerit scriptum, si alterum dotale sit, ipsum prius factum nos existimare debere scribit Bart. *in l. 1. ff. sol. matr. in princ.* & cum eo sentiunt plerique omnes moti auctoritate *d. l. 1. & l. in ambiguis 71. ff. de iur. dot. cap. fin. de sent. & re iud.*

2 Hæc sententia mihi suspecta est, cum enim hoc iure vtamur, vt dotis hypotheca non habeat priuilegiũ aduersus creditores mariti expressam hypothecã habentes, nisi anterior sit, vbicunq; in cõcursu veniunt hypotheca dotis, & creditores mariti, non potest à muliere excludi creditor, nisi cõstiterit dotalẽ hypothecã esse anteriorem; hoc autem constare in hac specie non potest, cum pro cõstãti ponamus, in obscuro esse, quodnam ex his instrumentis prius fuerit scriptum, igitur non sine iniuria mulier creditorem mariti excludit.

3 Hoc fundamentum vt Bart. & sequaces diluerent ad priuilegia dotis confugiunt, & primo loco allegant id, quod habetur *in l. 1. ff. sol. matrim.* sed frustra; quod enim ibi dicitur dotis causam semper, & vbique præcipuam esse, ad hypothecam dotalem non pertinet, quia constat tunc temporis dotem in hypothecis iure communi vsam fuisse *l. assiduis, C. qui pot. in pig. hab.* & proindè colligi ex huiusmodi regula non potest singulare ius esse obseruandũ in dote, cum de hypotheca dotali tractatur, & consequenter indè non rectè colligitur speciale priuilegium dotis esse, vt instrumentum, de quo agimus, præsumatur factũ prius, quia hæc quæstio nulla alia de causa examinatur, quam ad effectum cognoscendi, an hypotheca dotalis præferri debeat.

4 Textus autem *in l. in ambiguis 71. ff. de iur. dot.* ideò non pertinet ad hanc quæstionem, quia ambiguitas propriè ptinet ad sermonẽ, qui duas sententias vi sua continet, vt in cap. 26. à nu. 3. indubitatis testimonijs comprobaui, & proindè non est trahendum ad rem nostrã, licet enim sit obscurum, vtrum ex his instrumentis pręcesserit, nõ tamen adest ea ambiguitas, de qua huiusmodi regula tractat; euidens enim est discrimen inter sermonem ambiguum, & speciem nostram in eo, de quo agimus, quia iuris ratione suadẽte in ambiguo sermone pro dotibus in dubio respondemus, vt in eodem capite exposui, in hac autem specie opus est priuilegio, vt mulier excludat creditorem, quem non constat esse posteriorem.

5 Opus est, inquam, priuilegio, quia, qui se fundat in tempore, non potest secundum iuris rationẽ obtinere, nisi constet rem gestam fuisse eo tempore, quo is dicit, qui tẽpus allegat *l. ei, qui dicit, de prob.* etiam si enim versemur in eo, quod fauore dignũ, sit, attamen opus est, vt intentio actoris plenè probetur, vt cõstat ex *l. ante p. C. de manumis.* dũ inquit. *Sed et si testes non dispari numero, tam pro libertate, quàm contra libertatem dixerint, pro libertate pronunciandum esse, sæpe constitutum est.* Si enim ex iuris ratione fieri potuisset, vt in pari numero testium pro libertate sententiam diceret iudex, non erat opus, vt constitutione particulari hoc ius introduceretur, quod si probationibus paribus existentibus per constitutionem fuit necesse licentiã dare iudici pro libertate pronunciare, multò magis erit necesse in casu nostro id constituere; nam libertas pręcęteris fauorabilis res est *l. libertas, ff. de reg. iur.* neque enim ambigitur, parem esse causam dotis, & creditoris, cum vtrumque instrumentum præcedere potuerit, nec vlla extet cõiectura, quæ suadeat instrumẽtum dotale præcessisse; hæc enim quæstio tractat, cum ex circunstantijs colligi non potest, dotale instrumentum præcessisse.

6 Quod verò spectat *ad c. fin. de sent. & re iud.* quo postremo loco auctores huius sententiæ vtuntur, ibi nihil aliud habetur, quam duobus iudicibus discordantibus in sentẽtia ferenda, eam valere, quæ doti fauet. Respondeo imprimis, hoc ex iure Pontificio descendere, non autem ex iure ciuili; nam huius iuris conditores, excepta libertatis causa, inter pares sententias eam valere voluerunt, quæ reo fauet *l. inter pares 38. ff. de re iudic.* & ideò non

eſt allegandus in re noſtra hic textus, quia in ijs, quæ contra rationem iuris ſancita fuere, non licet progredi de ſimilibus ad ſimilia *l. quod verò, ff. de legib.* Eoque minus id admittendum eſt, quod id conſonum menti Gregorij Noni Summi Pontificis auctoris huius textus non videtur, ſi enim voluiſſet hoc introducere in fauorem dotis, diſertis verbis id explicuiſſet, quia ipſe, cęterisque iuris Pontificij auctores non ſolent verbis parcere, vt omnem dubitandi occaſionem tollant.

7 Secundò reſpondeo, diſcrimen inter hæc eſſe; nam cum pares hinc indè iudices exiſtant, nō deeſt occaſio exiſtimandi ex parte mulieris plenè fuiſſe intentionem probatam; neque enim vllus ex iudicibus pro dote pronunciaſſet, niſi credidiſſet, mulieris intentionem fuiſſe probatam, cum verò duo extant inſtrumenta eodem die facta, nec vlla extat coniectura, quæ oſtendat inſtrumentum dotis præceſſiſſe, nulla vtique eſt occaſio exiſtimandi inſtrumentum dotis præceſſiſſe, vbi verò non eſt aliquid, quod nobis perſuadeat prius inſtrumentū dotis fuiſſe factum, non poſſumus pro dote pronūciare, ex eo ſolum, quod de dote tractatur, quia fauor dotis non poteſt efficere, vt in re obſcura nō ſequamur id, quod eſt veriſimilius.

8 Cum de veritate conſtare non poteſt, ad veriſimile confugimus, quia tunc verum eſſe credimus, quod eſt ſimile vero: quia vero ex duabus veriſimilibus opinionibus ea proximior veritati exiſtimatur, quæ veriſimilior eſt, æquum, & bonum iubet nos tunc ſequi id, quod veriſimilius eſt *l. in obſcuris, de reg. iur.*

9 Non poteſt itaque fauorabilis natura dotis efficere, vt iudex pronunciet inſtrumentum dotale præceſſiſſe, niſi id veriſimilius ſit, quod vtique efficere non poteſt per ſe fauorabilis natura dotis eo modo, quo id efficit in conuentionibus ambiguis, quia in hac ſpetie fauor dotis rem ipſam non tangit, ibi verò cum ipſo negotio ita coniunctus eſt, vt ex eo idonea naſcatur coniectura exiſtimandi partes id facere voluiſſe, quod doti fauet. Cū enim agitur de interpretatione dotalis conuentionis fauor dotis nos facilè reddit ad credendum, partes ſecutas fuiſſe communem hominum ſenſum. vt dotibus faueamus, & proindè fauor dotis efficit, vt credamus interpretationem doti fauentem eorum menti cōſonam eſſe, vt latius expoſui in c. 26. huius libri.

10 Concludo itaque, non aliter mulierem ſecundū ius, quo vtimur, pręferendam eſſe in hac ſpetie creditori mariti, quam ſi aliquibus coniecturis conſtiterit, inſtrumentū dotale præceſſiſſe, quia verò communes opiniones DD. habent apud pleroſque maiorem auctoritatem, quam ius ipſum, bene erit circa huiuſmodi receptam opinionem nonnulla examinare.

11 Primò autem quæro, an recepta ſententia habeat locum, quando creditor mariti eſt in poſſeſſione rei, idemque eſſe obſeruandum docet Ripa *in l. 1. num. 6. ff. ſol. matrim.* & ibi Alciat. *nume.* 22. Socin. iuo. *num.* 61. Petr. Barboſ. *par. 2. nume. 3. verſic. tertio amplia*, vbi alios affert Couarr. *lib. 1. var. cap. 16. num. 7. ad finem, verſic. his omnibus.*

Fundamentum huius ſententiæ conſtituitur *in l. 1. C. de iur. fiſci lib. 10. in cap. 3. de probat.* & in eo, quod præſumptio anterioritatis ſatis eſt ad fundandam intentionem mulieris, & ideò hoc et ſufficit ad obtinendum etiam aduerſus poſſeſſorem, niſi docuerit huiuſmodi præſumptionem veritati aduerſari.

12 Contrarium defendit Iaſ. *in d. l. 1. nu. 7.* vbi Coraſ. *in 1. lectura, nu. 5.* Cagnol. *in l. in ambiguis, nu. 6. de reg. iur.* & his ego adhęreo.

Vtque appareat veriſſimam hanc eſſe ſententiam, pręmitto maximam eſſe differentiā, an contentio ſit inter eum, qui poſſidet, & alium nō poſſidentem, vel inter eos, quorum neuter poſſeſſor eſt; nam quādo alter poſſidet, non pōt aduerſarius eius vincere, niſi plenè probauerit rē ad ſe pertinere *§. commodum, Inſtitut. de interdict.* etiam ſi in eo verſemur, qui adeò priuilegiatus eſt, vt re dubia exiſtente, deberet præferri, quòd diſertè probat tex. *in c. ſi a ſede, de pręb. lib. 6.* dū docet eū, qui prouiſus fuit a Papa de beneficio, debere præferri prouiſo ab ordinario, niſi poſſeſſio beneficij penes prouiſum ab ordinario exiſtat, quem tex. rectiſſimè Iaſ. allegauit. Huc etiam pertinet tex *in l. 5. ad fi. C. de lib. cauſ.* dum docet eum, qui ſe liberum aſſerit, debere plenè ſuam intentionem probare, cū aduerſus poſſeſſorē agit; nam ſi poſſeſſor eius aduerſarius nō eſſet, ſatis eſſet probationes eſſe pares *l. antepen. ff. de manumiſſ.* & iure meritò, quia cū alter poſſidet, non dicitur res amplius dubia, quia æquum, & bonum non patitur expelli poſſeſſorē, niſi conſtiterit, plus iuris habere actorem in re, quā habeat poſſeſſor, conſtare autem id non poteſt, niſi plenè intentio actoris fuerit probata, qua de re latè ſcripſi ſupra hoc libro cap. 20.

13 Hoc præmiſſo dico, nullam extare legem, quæ decernat inſtrumentum dotale præſumi prius factum, quando eodem die plura inſtrumenta facta fuere, nec conſtat, quod nam prius fuerit factū, ſed huiuſmodi priuilegium deducūt DD. ex eo, quod in dubijs, & ambiguis cauſis ſit pro dote pronunciandum, iuxta *l. in ambiguis 71. de iur. dot. ex l. 1. ff. ſol. matrim. ex c. fin. de re iud.* & proindè non poteſt priuilegium allegari, vbi res non eſt ambigua, quia id eſſet contra mentem Bart. & aliorum, qui hoc priuilegium introduxerunt; non poteſt ergo allegari aduerſus poſſeſſorem, quia tunc non dicitur ambiguum negotium, ſed clarum ad fauorem poſſeſſoris, niſi ex parte actoris intentio plenè fuerit probata, in quā ſententiam vide ea, quæ ſcripſi in d. c. 20. a nu. 24. ex quibus patet, non rectè P. Barboſ. *loco alleg. nu. 9. verſ. ad ſecundum*, affirmare pręſumptionē anterioritatis adhęrere ipſi inſtrumento, & ideò per poſſeſſionē creditoris nō poſſe deſtrui, quia cū hęc præſumptio hanc qualitatē deſideret, vt res in obſcuro ſit, eā illicò deſtrui neceſſè eſt, ac creditor poſſidet, cum tunc res obſcura eſſe deſinat, & hanc ſententiā confirmant ea, quę ſcripſi d. c. 20. a nu. 9. vbi luculenter oſtendi regulam *l. in pari cauſa, de reg. iur.* habere locum etiā contra dotem, & ex ſcriptis ibi patet reſponſio ad ea, quę contra noſtram ſententiam afferuntur.

14 Adeò autē poſſeſſionis vis hac in re potēs mihi vr̄, vt ſi acciderit, aduerſus eū, q in poſſeſſione eſt, exhiberi inſtrumentum horæ, in qua factum fuit, mentio-

mentionem faciens, attamen possessori nō fit possessio auferenda, quod post Bald. Nouell. placet Dec. *in l.in ambiguis pro dote, num.4. ff de reg. iur. in cap.Pastoralis, num.5. de rescript.* Cum enim potuerit instrumentum ante huiusmodi horam fieri, probatio anterioritatis non concludit necessariò, & proindè non erit satis ad eijciendum possessorem a sua possessione.

Cauendum est itaque a P. Barbos. *loco alleg. num. 9. vers.secundo infertur,& nu.* 10. dū post Menoch. *de arbitr.iud.cas.*48. *a num.*33. hanc reijcit sententiam, falsò namque nititur fundamento. Inquit autem Barbos. expressio horæ reddit instrumentum, de quo agimus, magis certum, quam sit illud, in quo horæ non fuit facta mētio, igitur hæc qualitas ei adimi non potest ab aduersario, ex eo, quod rei possessionem fuerit adeptus. Respondeo, horæ mentionem non simpliciter fundare intentionem mulieris, sed ita demum, cum in contentionem venit cum eo creditore, qui nihil aliud allegat, quam suam hypothecam eodem die fuisse constitutam, vt infrà num. 20. & 21. & ideò non potest suffragari, quando agitur aduersus creditorem, qui est in possessione; nam possessionis proprium est, vt possessor non possit eijci, nisi actor docuerit plenè rem ad se spectare, quod non accidit in hac specie, cum non cōcludat necessariò hęc ratiotinatio, hora expressa est in instrumento dotali, igitur prius factum fuit, quam instrumentum, cui possessor innititur; sed ad alia progrediamur.

15 Receptam sententiam docentem mulieris hypothecam præsumi prius constitutam, cum venit in concursu cum creditore allegante hypothecā eodem die constitutam, etiam si aliundè non constet eam prius fuisse cōtractam habere locum etiā si constiterit de hora, qua creditoris hypotheca fuit contracta, scribunt Alciat. *in l.1.num.*22. *ff. sol. matr.* & ibi Crot. *num.*29. Pontan. *nu.*14. Soc. iun. *a num.*57. Bolognet. *a num* 27. Coras. *in* t. *lect. nu.* 4. *& in* 2. *num.*5. Rebuff. *de pacifico possess. nu.*384.

16 Contrarium scribunt *in d.l.*1. Soc. *num.*11. Ias. *num.*5. Ruin. *num.* 17. Ripa *num.*7. & alij quos refert, & sequitur ibi P. Barbos. *par.*2. *num.*7. *ad fin.* Menoch. *de arbitr.ind.cas.*48. *num.*28. & cum his ego sentio.

17 Cum enim creditor allegat hypothecam, quam constat, quarta, puta, diei hora contractam fuisse ad eum impediendum opus est vt mulier alleget hypothecam eodem tempore, vel prius factam, ex tempore enim res pendet *l. qui prior, ff. qui pot. in pig. hab.* quodcūque autem mulier allegauerit, deficiet in probatione, quia mala consequentia est, eodem die mulieris hypotheca constituta fuit, ergo fuit contracta eodem tempore, vel prius quam creditoris hypotheca perfecta fuit, quia fieri potest, vt post eam fuerit constituta; certa enim est regula, ad probationē infringendam sufficere, contrarium esse possibile, & hoc est illud, quod nostri dicere solent, probationem debere concludere per necesse, non autem per possibile. vide DD. *in c.in præsentia, de probat. in l.non hoc, C.vnde legitimi,* vbi Ias. latissimè *a num.*2. *vsque ad num.*15. & alij passim id docent. Cum autem mulier non possit huic

18 occurrere obiectioni, nisi probationem huiusmodi alijs medijs certam reddat, sequitur mulierem aduersus creditorem excipientem non posse ex hoc solo eum excludere; constat enim reum in sua exceptione actorem esse, & debere plenè probare id, quod in ea continetur.

19 Non suffragatur itaque mulieri regula *l. in ambiguis* 7 t *ff. de iur. dot.* quia non procedit, cum mulier, cuius aduersarius fundatam intentionem habet, nō probat plenè id, quod ad eam spectat probare, vt ostendi suprà cap.27. a nu.15. & in proposito animaduertit Barbos. *d.par.*2. *num.*9. & proindè nec priuilegium, de quo agitur, mulieri poterit suffragari, quia ex huiusmodi regula DD. ipsum deducunt, vt exposui nu.1. cum sequentibus.

20 Diluamus nunc fundamentum partis aduersæ, ptimum in eo consistit, quia horæ mentio non est necessaria in instrumento, gloss. *in c. duobus, verb. appareat, de rescript.lib.*6. ergo, si apposita fuerit, vim instrumenti non potest immutare; si itaque instrumentum suaptè natura non excludit mulierē, nec id facere poterit, cum horæ in eo mentio fuit facta.

21 Respondeo ex tempore decisionem huius causæ pendere, & ideò, cum aliqua accedit circunstantia, quæ tempus, quod erat incertum, ad certitudinem reducit, immutantur termini quæstionis; quod enim dicunt DD. duobus, existentibus instrumentis eodem die confectis dotale præferri, fundamentum in ambiguitate constituunt, vt constat ex Bart. *in l.*1. *in princip. ff. sol. matrim.* & ex alijs eiusdem legis interpretibus, & ideò non potest pertinere ad instrumentum, in quo horæ fit mentio, quia in eo ambiguum non est tempus contractæ obligationis, sed est clarum, & indubitatum, quod re ante oculos posita fiet manifestum.

22 Fit concursus creditorum Titij, vxor exhibet instrumentum dotale confectum die 10. Decembris 1588. & petit, se omnibus mariti creditoribus præferri. Caius se se opponit exhibendo instrumentum eadem die confectum cum obligatione bonorum. Iudex inquirit, quodnam ex his instrumentis prius factum fuerit, & nihil ei occurrit, quod rei veritatem possit aperire, & ideò, quo se vertat, nescit, & proinde locus fieri videtur regulæ *l.in ambiguis* 7 t. *ff. de iur. dot.* vt nempè in ambiguis pro dote pronunciemus.

23 Econtra ponamus creditorem exhibere instrumentum eadem die confectum horæ mentione facta, cum tunc constet de tempore pręciso obligationis ab eius fauorem contractæ, non potest dici res ambigua, quia statim, ac ille probat, hypothecam fuisse quarta hora diei constitutam, euidens est, eam obtinere debere, nisi mulier allegauerit parem, vel anteriorem hypothecam *l.qui prior, ff. qui pot. in pig hab.* Hoc autem si mulier fecerit, dubio procul ei est opus plenè probare *l. ei, qui dicit, ff. de probat.* quod cum non faciat exhibendo instrumentum eodem die confectum absque horæ mentione, certè huiusmodi instrumenti auctoritate obtinere aduersus illum nequit.

24 Secundum argumentum deducunt ex eo, quod priuilegium de quo agimus, habet locum, etiam si creditor mariti rem possideat, vt per Alciat. *in l.*1.

num. 22. ff. ſolut. matrim. vbi Ripa *nume. 6.* Socin. iun. *num. 61.* & alij, quos refert, & ſequitur ibi P. Barboſ. *par. 2. num. 4. verſ. amplia tertio.* vbi de com muni; neque enim differentia inter hos caſus exiſtere videtur.

Reſpondeo, vt interim omittam hanc opinionem non eſſe veram vt oſtendi ſuprà a nume. 11. diuerſam inter hæc rationem eſſe, quia auctores huius opinionis aiunt in fauorem dotis ſpeciale ius eſſe conſtitutum, vt poſſeſſio non releuet ab onere probandi eum, ad quem aliàs probandi neceſſitas incumbit. vide Bart. *in l. & quæ nondum, §. 1. num. 1. ff. de pignor.* Socin. iun. *in dicta l. 1. num. 60. verſ. ſed aduertendum, & num. 61.* Ripa *nume. 6. in fine,* & ibi Barboſ. *num. 3. verſ. amplia tertio, & nume. 4. verſ. neque obſtat.* Peregr. *de iur. fiſc. lib. 6. tit. 6. nu. 18. & 19.* Neque enim cautū reperitur, mulierē allegantem hypothecam aduerſus creditorem docentem de tempore præciſo ſuæ hypothecę obtinere debere, etiam ſi concludenter non probauerit ſuam hypothecam eſſe anteriorē, neque enim licet in hac materia procedere de ſimilibus ad ſimilia *l. quod verò, ff. de legib.*

25 Secundò reſpondeo, commodum poſſeſſionis in eo conſiſtere, vt ſatis ſit poſſeſſori non apparere de iure actoris *l. fin. C. de rei vindic.* vbi enim non conſtat ad actorem rem pertinere, iniquitas manifeſta eſt eum eijcere, & rem actori tradere *§. commodum. Inſtit. de interdict.* & proindè poſſeſſio non oſtendit ius poſſeſſoris eſſe certum, & exploratum, ſed in actorem reijcit onus probandi, rem ad ſe pertinere, quod latè expoſui ſuprà cap. 2. & 3. differt itaque cauſa poſſeſſoris, & creditoris, in cuius inſtrumento hora deſcripta eſt; nam creditor probat indubitato teſtimonio tempus præciſum ſuæ hypothecæ, & proindè dum obtinet ſibi tradi rei obligatæ poſſeſſionem, id iure ſuo conſequitur, non autem ex defectu iuris aduerſarij. Cum autem potentius ius habeat ille, qui ius clarum habet, quam ille, qui vincit, quia actor non probauit intentionem ſuam, meritò dicimus non poſſe ex eo, quod circa poſſeſſorem ſcriptum eſt, argumentari ad creditorem de quo agimus.

26 Quid ſi hora in inſtrumento expreſſa oſtenderet ipſum fuiſſe confectum in extrema diei parte, idem ne ius erit obſeruandum? abſurdum autem eſſe tunc hoc ius obſeruari contendit Socin iun. *in l. 1. ff. ſol. matr. num. 57.* & ibi Bolognet. *nu. 27. verſ. non obſtant ibi ſi tamen.*

Ab his diſſentiunt Menoch. *de arbitr. iudic. caſ. 48. num. 23.* Barboſ. *loco allegato, num. 10. in fine, & num. 11.* exiſtimant enim iudicis arbitrio id eſſe relinquendum, qui ex qualitate negotij geſti arbitrabitur, an veriſimile ſit inſtrumentum dotale poſt huiuſmodi horam factum fuiſſe.

27 Ego verò indiſtinctè exiſtimo mulierem huic creditori cedere debere, quia non poteſt concludenter probare inſtrumentum ſuum prius, vel eodem tempore factum fuiſſe; cum enim inſtrumenta fiāt tam diù, quam noctù, omnibuſque horis fieri poteſt, vt inſtrumentū dotale factum fuerit poſt inſtrumentum creditoris, quod ſatis eſt ad infringendam eius exceptionem de anterioritate, vel paritate temporis; neque enim æquitas patitur, vt exceptio rei incertæ elidat intentionem certam actoris *l. in exceptionibus, ff. de probat.* vide tradita per Iaſ. *in l. non hoc, a nume. 2. vſque ad nume. 15. C. vnde legitimi.*

28 Nec dicas, hanc probationem cōcludere per argumētum a communiter accidentibus, quod ſufficit, vt poſt alios ſcribit Iaſ. *loco allegato num. 15. in ſecunda limitatione*; videmus enim inſtrumenta plerumque ante noctem conſcribi. Reſpondeo in inſtrumentis conſcribendis tempus illud obſeruari, quòd opportunius eſt ipſis partibus, cumque ingens ſit negotiorū varietas, & perſonarum, non poteſt de vno ad aliud argumentum ſumi. Quod igitur dicitur, inſtrumenta ante noctem plerumque conſcribi, ſi intelligatur de ijs negotijs in quibus partibus commodius fuit ipſum cōficere diurno tempore, vera eſt huiuſmodi propoſitio, ſi verò intelligatur de illis negotijs, quæ commodius expediri poterant tempore nocturno, euidenter falſa eſt.

29 Cum autem quæritur, an commodius aliquod negotium perfici potuerit tempore nocturno, vel diurno, contrahentium qualitas, & cæteræ circunſtantiæ debent perpendi, & ideò id, quod inter alias perſonas geſtum fuit, non erit allegādum, niſi appareat eaſdem concurrere circunſtantias; ex diuerſis enim non rectè infertur.

30 Ex loco autem, vbi confectum fuerit inſtrumētum, per argumētum a communiter accidentibus poterit tempus confecti inſtrumēti apparere probando locum huiuſmodi conſueuiſſe clauſum manere ijs horis, in quibus, ſi inſtrumentum factum fuiſſet, mulieri obeſſet.

31 Ex teſtibus autem, an id deduci poſſit videamus, ſi ij, qui religionem profitentur, cum non ſoleant tempore nocturno palam manere extra monaſterium, in inſtrumēto teſtes conſcripti fuerint, poterit ne argumentum colligi ipſum diurno tempore fuiſſe celebratum per argumentum a communiter accidentibus?

Reſpondeo non rarò religioſos viros contrahendis matrimonijs, pietatis ergo, incumbere, cumque eorum opera ſponſalia inter aliquos conficiuntur, non eſt abſurdum, aut incommodum exiſtimare, ipſos eorum ſuperiore permittente nuptialium inſtrumentorum confectioni adeſſe, etiā ſi noctù ipſa fieri contingat, cum itaque in inſtrumento dotali religioſi teſtes deſcripti fuerunt, abſurda, aut incommoda interpretatio non erit, ſi quis dixerit, facilè accidere potuiſſe, vt alicuius ex dictis religioſis opera ſponſalia fuerint contracta, quo admiſſo, ceſſat argumentum a communiter accidentibus ductum; quod enim dicitur, noctū religioſos non manere extra cœnobium, procedit in ijs negotijs, quibus religioſi viri vt interſint, nulla veriſimilis cauſa apparet; experientia enim docet, ipſos, cum iuſta cauſa adeſt, noctù manere extra monaſterium, quod ſi in ædibus conſanguinei, aut coniuncti cum aliquo ex huiuſmodi religioſis inſtrumentum fuiſſe confectum apparet, res clarior erit, cum non rarò accidat, noctu manere religioſum apud homines ſibi coniunctos.

Absoluta potestas Baronum Aragoniæ in eorum vasallos seruitutis an sit digna, an ei sit locus, cum notorium est Baronem ea iniustè vti aduersus vasallum. Cap. XLI.

1 IN fauorem Baronum Aragoniæ extat constitutio his verbis concripta. *De consuetudine Regni, nobiles Aragonum, & alij nobiles locorum, qui non sunt Ecclesiæ, suos vasallos seruitutis possunt bene, vel male tractare pro eorum libito voluntatis, & bona eis auferre remota omni appellatione, & ineis dominus Rex non se potest in aliquo intromittere, immò potest dominus vasallorum suos vasallos seruitutis siti, & fame necare.*

2 Cuius constitutionis virtute Barones huiusmodi vindicant sibi absolutam quandam potestatem in vasallos suos seruitutis, qua cum vtuntur, nemo possit illis dicere, cur ita facis, vt refert Iosephus de Sesse *in tractat. de inhibit. instir. Aragon. cap.4. §.3. num.8.* circa quam potestatem multas ait in dies oriri dubitationes. Cumque maxima sit Baronum auctoritas periculosum esse admonet *ibid. num.26.* in huiusmodi Regno versantibus aliquid scribere, quod absoluta potestati detrahere videatur; quapropter vtile esse existimaui, nec ab instituto meo alienum hanc rem attingere, vt alios ad scribendum excitem. Pijssimum enim est opus huiusmodi vasallorum causam aduersus dominorum impotentiam, quantum æquum, & bonum finis suscipere.

3 Circa hanc potestatem multa occurrunt, & primo, An sit strictè accipiendum ius municipale de ea tractans, qua in re Ioannes de Ribas insignis in Aragonia aduocatus fauorabilem eam esse olim existimauit, vt refert Iosephus de Sesse *in allegato tractatu, cap.4. §.4. num 7.* fundamentumque huius sententiæ constituit in eo, quod amplissima hæc potestas fuit concessa in remunerationem laborum, & periculorum susceptorum ab ijs, qui opem tulerunt in recuperatione Regni Aragoniæ è manibus infidelium; & quia conditio vasallorum seruitutis hoc postulare videtur. Cum enim Regnum Aragoniæ summis fruatur priuilegijs, facilè esset huiusmodi vasallis erratorum pœnam euadere, nisi huius potestatis timore in officio continerentur.

4 Contrarium dubio procul est dicendum, hanc nempè materiam in fauorem Baronum esse strictissimè interpretandam. Primò, quia regula iuris docet, dispositiones, quæ a regulis iuris recedunt, odiosas esse, & strictissimè debere interpretari *l.quod verò, ff.de leg. c.quæ a iure, de regul. iur. lib.6.* cum allegatis per Felin. *in cap. causam quæ 18. nume.10.de rescript.* per Paril. *lib.2. cons.6. num.12. & 13. & cons.9. num.51. & 52.* per Becc. *cons.32. nu.10. cum sequentibus.* Surd. *decis.274. num.7. in fine, & num. 8.* & in specie de statuto auferente facultatem appellandi post alios firmat Ruginellus *de appellat. §.4. cap.2. num.56. & §.12. gloss.a. cap.3. num.9. & 10.*

5 Secundò, quia vbicumque dispositio tendit in præiudicium alicuius strictissimam recipit interpretationẽ, adeò vt debeamus eius verba impropriare, vt quanto minus fieri possit, tertio damnum inferatur, vt post alios firmant Alex. *in l.fin. §.in computatione, num.10. C.de iur. de lib.* & ibi ibi *num.12.* plenè idem Iason *in l.beneficium, a num.19. ad num.25. de constitut. Princip.* Paril. *lib.2 cons.6. num.14. & 15. & cons.9.52. & 53. & cons.12. num. 108. cum sequentibus,* & alij passim.

6 Tertiò, quia dispositio, per quam aufertur facultas se defendendi odiosissima est *Clement. Pastoralis ad finem, de sent. & re iudic. vers. nec prædicta suppletio,* & tradit latè Abb. *in cap. 1. num.4.5. & 6. de caus. poss. & propr.* & alij quos refert, & sequitur Roland. *cons. 29. a nume. 39. lib. 1.* omni odio itaque erit dignum ius, de quo agimus, cum Baronibus Aragoniæ permittat fame, & siti necare, nedum bonis spoliare vasallos seruitutis in dicta causa.

7 Quartò ex eo moueor, quod experientia quotidie docet nobiles, qui feuda possident, a vasallis suis adeò magnum solere exigere obsequium, vt grauitèr è ijs plerumque irascantur, qui etiam in rebus leuibus eorum non obsequuntur voluntati. Sæpe etiam côtingit, dominos, aut eorum fratres, filios ve, vel familiares amore capi mulierum sibi subditarum, cumque amoris affectus potentissimè fiat quicumque in eius laqueos inciderit, grauissimè oderunt eos, qui ipsis impedimento sunt, quo minus voti compotes fiant; cum igitur libera dominis relinquitur facultas tractandi vasallos, prout ipsis videbitur, delinquendi occasio, & materia maxima datur eis, vt non immeritò dicamus hanc dispositionem odiosissimam esse; constat enim ea, quæ materiam peccandi præbent, odiosissima esse *l.15. de pact.dotal.* & explicant Abb. *in cap.fin.un.3.de consuetud.vers. & per hoc,* & ibi addentes latissimè, idem docent Bald. *ibi un.5.* Abb. *in cap.1.num.5.vers. & si diceremus oppositum, de restit. spoliat.* Alex. *cons.3. num.6. lib.2.* Felin. *in c.2. num.8 de prob.* Ias. *in l. de quibus, num.68. & 78. de legib. & in l.admonendi, nume.121. & 123. ff. de iur. iur.* & alij passim.

8 Quartò huc pertinet id, quod scribit Aristot. *lib.4. Politic.* dum ait. Tertia species tirrannidis, quæ maximè propriè videtur id nomen habere, opposita est Regiæ potestati absolutæ; nã necessè est tirannidem illam, quæ nullis subiaceat legibus, & dominetur per vim, ac respiciat ad propriam vtilitatem, non ad vtilitatem subditorum inuoluntariam esse, cum nemo liber sponte sua ferat huiusmodi seruitutem.

Cum enim Barones, de quibus agimus, rationẽ eorum, quæ absolutæ potestatis facultate faciunt, nemini reddant; nullis vtique hac in re subiacent legibus: cumque tunc demum hæc potestas absoluta allegari ab ipsis possit cum solito iudiciorum more res ab ipsis non tractatur, non potest in dubiũ reuocari, ipsos per vim facere ea, quæ hac potestate freti faciunt; nam in dicta causa miseris vasallis bona adimunt, vel necem inferunt, & proindè potestas huiusmodi simillima est illi tirannidi, quę inter cęteras primum obtinet gradũ, & ideò inficiari eam esse odiosissimam nihil aliud est, quã in re clarissima cecutire, & hęc satis esse existimo; plura enim afferre in re adeò clara pudet.

Non obſtant ea, quæ in contrarium afferuntur; nam quæ remunerationis gratia fiunt, tunc demũ fauore digna exiſtimantur, cum eorum natura id patitur; ea enim, quæ per ſe, & ſimpliciter odioſa ſunt, fauore digna fieri nequeunt, cum natura, quæ odioſa ipſa efficit, intrinſeca ſit, & inſeparabilis; quomodo enim odioſum deſinere poteſt eſſe id, quod ſuaptè natura odioſum eſt huiuſmodi natura durante? Remunerandi itaque neceſſitas, & infidelium potentia excuſare potuit huius poſtatis auctores, ſed eam reddere fauorabilem nulla ratione potuit, aut poteſt, cum ſuaptè natura odioſiſſima ſit.

10 Quod verò dicitur, eam eſſe neceſſariam, vt vaſalli ſeruitutis poſſint in officio contineri, vereor ne verum ſit; cum enim cęteri Aragoniæ ciues, qui potentiores ſunt, in officio contineantur, etiam ſi huiuſmodi poteſtati non ſubiaceant, nulla cauſa eſt, cur dicamus, vaſallos ſeruitutis hoc freno indigere.

11 Non iure igitur conſtitutionem de hac poteſtate loquentẽ interpretatione adiuuant eius fautores, quod ſi retroactis temporibus aliqua in re id fuerit factum, non eſt allegandum in alijs caſibus; quod enim errore primum, deinde conſuetudine receptum fuit non eſt trahendum ad conſequentiam *l. quod non ratione 39. ff. de legib.*

12 Conſuetudine inquam receptum fuit, etiamſi enim fuerit quandoque aliquid obſeruatum in fauorem abſolutæ poteſtatis aduerſus id, quod iuris ratio poſtulat, non propterea ius huiuſmodi adeò firmatum fuit, vt non liceat ab eo recedere, quia legibus, non exemplis eſt iudicandum *l. nemo iudex 13. C. de ſent. & interlocut. omn. iud.* & ideò rebus in eodem tribunali iudicatis, tunc demum inhærere magis, quam iuris rationi, debet magiſtratus, cũ perpetuò ſic fuit in eo iudicatum *l. nam Imperator 38. ff. de legib.* ſicut enim Principis officium eſt leges a prædeceſſoribus ſuis latas reformare, cum æquitatem, aut publicam offendunt vtilitatem, ita magiſtratus debent res in ſuo tribunali in alijs caſibus iudicatas a iuris ratione, & æquitate recedentes in melius reformare; non enim prędeceſſorum opiniones, ſed leges, æquitatem, & publicum commodum ante oculos magiſtratus habere debent.

13 Cum notorium eſt, Baronem iniuſtè vexare vaſallum, an abſolutæ poteſtatis clipeo ſe poſſit tueri, quæſtio eſt maximi momenti, & diligentiſſima digna indagatione.

Pro Baronibus vrgent verba conſtitutionis. Poſſunt bene, vel male tractare pro eorum libito voluntaris, & bona eis auferre remota omni appellatione; hæc enim verba ampliſſima rem voluntati Baronum committunt, & proindè non videtur diſtinguendum inter hunc, & alios caſus in quibus Barones abſoluta vtuntur poteſtate.

14 Secundò ſi admittimus ſub prætextu notoriæ iniuſtitiæ licere impedire vſum huius poteſtatis, facilè erit eam ad nihilum redigere, cũ facilè poſſit eis ſub hoc prætextu a magiſtratu iuſtitiæ inhiberi.

15 His non obſtantibus, puto, Baronibus debere per Locumtenentem iuſtitiæ inhiberi, cum notorium eſt, eos poteſtate abſoluta abuti in damnum vaſallorum. Mouet me, quod dum diſpoſitio aliqua vetat appellationem interponi, nunquam intelligitur excluſa poteſtas appellãdi ob notorium grauamen, hinc eſt, quod ſi Princeps delegauerit cauſam appellatione remota, non ſit prohibitum appellare ob notoriam iniuſtitiam, vt per DD. *in cap. ex conqueſtione, & in c. Paſtoralis, de appellat.* Abb. qui de comm. teſtatur *conſ. 44. num. 3. verſ. ſed bis non obſtantibus.* Alex. *conſ. 77. num. 17. verſ. vnde videmus, lib. 3.* Dec. *conſ. 49. nu. 3.* & alij, de quibus Lancellot. *de attent. cap. 8. a num. 24.* Contard. *de moment. limit. 9. num. 4.* Ruginellus *de appellat. gloſſ. 2. cap. 8. num. 8.*

Item ſtatutum prohibens appellationem non continet eam, quæ interponitur ob iniuſtitiam, quæ notoria eſt, vt ſcribunt Abb. *conſ. 44. nume. 3. verſ. ſed bis non obſtantibus.* Ruin. *conſ. 101. num. 7. in 5.* Roland. *conſ. 29. num. 37. lib. 1.* vbi multos allegat, & alij, de quibus Boſſius *tit. de Principe, nume. 377. verſ. immò nec clauſula.* Lancellot. *de attentat. appel. pend. lim. 8. a num. 24. & num. 259.* Contard. *de moment. limit. 9. nume. 4. in fine, & nume 6.* Ruginell. *de appell. §. 12. gloſſ. 2. c. 3. nu. 11. & nu. 14.*

16 Diſpoſitio etiam iuris ciuilis vetantis in iudicijs poſſeſſorijs appellari *l. vnica, C. ſi de moment. poſſ. fuerit appellat.* non procedit, cum grauamen notorium eſt. Aleſan. *conſ. 91. num. 2. lib. 6.* Natta *conſ. 51. nu. 21.* cum plurimis alijs, de quibus Contard. *de moment. poſſ. limit. 9. num. 2.*

17 Et iure meritò, quia, cum alicui tantum tribuitur, vt non liceat geſta ab eo in dubium reuocare, fundamentum cõceſſionis in eo poſitum eſt, quod non credimus ipſum poteſtate huiuſmodi eſſe abuſurum, vbicunque ergo clarè apparet de iniuſtitia, ceſſat huiuſmodi præſumptio, qua deficiente abſurdum eſſet tantam ei concedere facultatem, vbicumque ergo contigerit prohiberi appellationem, aut ſupplicationem, conſtitutio ſemper

18 ſic debet intelligi, vt non procedat (quomodocumque verba concepta ſint) vbi de iniuſtitia euidenter apparet; nam verborum ſignificatio negligitur, cum alias diſpoſitio in abſurditatem incideret *l. ſcire, §. aliud, verſ. ſed & ſi maximè verba, de excuſ. tut.* etiam ſi oporteret vniuerſalem ſermonem reſoluere in particularem, vt poſt alios explicant Felin. *in cap. nemo, num. 5. de ſimon.* Crot. *in l. 1. num. 4. de leg. 1.* & ibi Crauett. *a num. 55.* Ruin. *conſ. 188. num. 12. lib. 2. conſ. 18. num. 8. lib. 3.* Crauett. *pro genero, nu. 76.* Cardin. Mantica *de coniectur. lib. 3. tit. 7. in fi.* Bolognet. *in l. omnes populi, num. 85. ad fi. de iuſt. & iur.*

19 Ad eandem ſententiam confirmandam pertinet diſpoſitio *Clemen. 1. de re iud.* dum ſancit eum, qui aduerſus tres ſententias cõformes nullitatem allegat, non audiri, antequam res iudicata ſuum fuerit ſortita effectum; non procedit enim, cum nullitas notoria eſt, vt per Gabr. *de execut. rei iud. concl. 1. num. 8.* Menoch. *conſ. 509. nu. 13.* Ruginel. *de appellat. §. 12. gloſſ. 2. cap. 1. nu. 2.* Contard. *de moment. limit. 7. num. 63.*

20 Eadem de cauſa ſi ſtatutum reijciat nullitates, nunquam cenſetur excludere eam, quæ euidenter apparet, quibuſcumque verbis cõcipiatur, vt poſt

alios

alios firmauit Rota in Mantuana bonorum 12. Decembris 1580. coram Brauo *p.1. diuers. decis. 666. nu. 31. & 4.* pro qua sententia multos alios allegat Contard. *de moment. limit. 7. nu. 64. 65. & 66.*

21 Iure ergo dicimus, constitutionem vetantem appellationem interponi ad Regem, quia Barones absoluta potestate vtuntur, esse intelligendam, si modo non sit notorium, Baronem ea abuti; neque enim aliud est huiusmodi concessionis fundamentum, quam sit dispositionū allegatarū; ideò enim Reges tantum potestatis Baronibus concesserunt, quia plurimum consueuerunt eorū confidere probitati, quam vbi clarum est in Barone aliquo desiderari, dubio procul cessat fundamentum, ex qua constitutio pendet, & proindè ipsum quoque cessare necessè est *l. adigere, §. quamuis, ff. de iur. patr.*

In quam sententiam plura alia afferre possem, sed supersedeo; neminem enim extiturum esse reor, qui contrariam sententiam propugnare ausurus sit, cum manifestam introducat tirannidem.

22 Quemadmodum autem constare possit, notoriū esse, Baronem absoluta potestate abuti videamus. Quod si agatur de damno eorum, qui per ætatem nō potuerunt scelus pęnæ, de qua agitur, dignum committere, non est dubitandum euidenter apparere tirannice Baronem potestate absoluta vti, cum solis tirannis solitum sit aduersus innoxios *mulctas*, pęnasque statuere.

Si verò agatur de eo, qui in ea ætate est, vt potuerit huiusmodi sceleris reus esse, imprimis distinguere oportet sexum muliebrem a masculino; cum enim rarissimum sit, mulieres scelera grauia committere, facilius erit constare de iniustitia Baronis absoluta potestate vtentis contra mulieres, & ideò quæ deinceps dicturi sumus, magis, magisque vrgebunt, vbi de mulieribus agitur.

23 Notoria iniustitia Baronis ex moribus eius ex vasallorum, vicinorumque opinione, ex modo, quo absoluta potestate vtitur, vt ego existimo, deduci debet.

Præclara est iuris regula. Semel malus semper pręsumitur malus in eodē genere mali *r. semel malus, de reg. iur. lib. 6.* & ideò si agatur de Barone, quem constet aliquando huiusmodi potestate abusum fuisse, facilè erit existimare eum iterum ipsa abuti: huc spectat *lex 7 § 1. ff. de accus.* dum tractās de eo, qui calumniosè semel aliquem accusauit, ait, facilè existimari, iterum aduersus eum eadem malitia esse vsurum: ad idem pertinet *l. 3. §. nunc videamus, vers. si autem, ff. de suspect. tut.* dū docet, tutorem, qui semel tutelam malè gessit, facilius suspectum fieri, & ibi not. gloss.

24 Idem est, si agatur de Barone auaritiæ crimine notato; cum enim auaritia sit radix omnium malorum *c. quia radix, distinct. 2. de pęnitent. & c. cum omnis 1. q. 1.* & vlus absolutæ potestatis possit multū pecuniæ congerere, facilè suspectus reddi debet Baro, quem Locumtenens, & Aulę eius Senatores sciunt esse auaritiæ labe inquinatum.

25 De Barone etiam, qui lasciuiæ deditus sit, & mulierum amori interuiat, facilè idem suspicandū est, cū absoluta potestate vtitur aduersus eos, qui ei impedimento esse potuerunt, quominus muliere ab eo adamata potiretur; solēt enim hi, qui huiusmodi cupiditatibus implicantur, insensissimo odio eos prosequi, qui sibi impedimento sunt, ne suas expleant ferinas cupiditates.

26 Non minus suspectus esse debet Baro, qui sumptuosus est, & in eroganda pecunia valde facilis; solent enim hi quauis ratione pecunias quærere, magisque nocere prodigos Principes, quam auaros, experimentis plurimis constat.

27 De vicinorum, & vasallorum opinione nunc videamus, quanti sit æstimanda ad detegendam notoriam Baronis iniustitiam, qua in re Primò constituendum est, non conuenire, vt quis sit accusator, & iudex, eumque qui nemine accusante cōtra quempiam de aliquo crimine nō diffamatum procedit, vicem accusatoris sustinere probat text. *in c. qualiter, & quando 24. de accus.*

28 Secundò constituendum est, omnem potestatē a Deo esse, & quicquid a Deo est, ordinatum est, vt testis est D. Paulus *ad Romanos c. 13.* & ideò facultas, de qua agimus, sic est intelligenda, ne cum scandalo populi exerceatur; nam vt inquit Dominus Matth. 18. *Veh homini illi per quē scandalū fiet*, & ideò tam diligenter scandalum cuitandum est, vt ea, quæ alias fieri possunt sine culpa, omninò sint omittenda, cum inde scandalum oritur, vt discertè probat *r. 2. §. super eo quoque, de nou. oper. nunciat. cap. cum teneamur, & cum non ignores, de præb. r. ad aures 5. de tēp. ordin.* cum plurimis alijs relatis a Felin. *in c 2. num. 2. de præscript.*

29 Tertiò constituendum est, scandalum in eo consistere, cum quis aliquid operando, quod peccatū, vel imaginem peccati continet, præbet occasionem proximo peccandi, vt explicant D. Thom. *2. 2. q. 43.* & ibi eius interpretes Dominicus Soto *in commentar. in epist. D. Pauli ad Romanos cap. 14.* Alphonsus a Castro *lib 1 de iust. hæret. pun.* Couar. *in c. peccatum, de reg. iur. lib. 6. in initio primæ partis, num. 4. 5. & 6.* & recentiores Theologi passim.

30 His sic constitutis dico, non licere vti Baroni absoluta potestate cum graui damno eius, qui innocens communi opinione existimatur, quia actiuum inde scandalum oriretur.

Vis absolutæ potestatis in eo consistit, vt possit Baro prætermisso ordine iudiciali animaduertere vsque ad mortem in vasallum seruitutis, vbicumque ergo agitur de vasallo, quem non deliquisse populus existimat, si Baro in eum hac potestate vtitur in dicta causa eum, qui innocens existimatur, condemnat eo loci, vbi innocēs existimatur, quod adeò graue est, & durum, vt non possit populus se continere, quin acriter in Baronis potentiam inuehat, & proindè nulla est ratio excusandi Baronem, quod non differat in aliud tempus vti absoluta potestate, etiamsi enim iudex sciat, quempiam animaduersione graui dignum esse, debet tamen supersedere, quousque de delicto eo modo appareat, quo apparere conuenit, *vt in c. qualiter, & quando 24. de accus.* & proindè nulla ratione excusari potest a scandalo actiuo absoluta potestate in huiusmodi casu vtendo, & per consequens non potest in dubium reuocari, constare de notoria iniustitia Baronis absoluta potestate vtentis aduersus eos, qui innocentes a populo existimantur.

31 Dicet aliquis: de hac re retroactis temporibus ne ver-

ne verbum quidem factum est, & ideò longissimi temporis præscriptione poterunt hoc ius Barones sibi vindicare. Respondeo (vt alia prætermittam) non esse facilè constare, absoluta potestate in hac spetie Barones fuisse vsos; quod si quis prauus id quandoque fecerit, non sufficit ad præscriptionē, vel consuetudinem introducendam *cap.fin.de consuetud.c.fin.de præscript.* & ideò potestas huiusmodi secundū id, quod diximus, omnino debet intelligi.

De facultate Locumtenentis iustitiæ Aragonum eximendi vasallos seruitutis a potestate Baronis, cum opus est examinare testes in causis criminalibus contra Baronem institutis, & an de iniustitia notoria appareat, cum non constat de corpore delicti. Cap. XLII.

1 OStendimus in antecedēti capite, Baroni absoluta potestate vtenti per Locumtenētem iustitiæ posse inhiberi, cum notorium est eum abuti huiusmodi potestate, cumque, vt de notoria iniustitia constare possit, plerumque oporteat, vasallos eiusdem Baronis ad testimonium dicendum vocare, grauissima se se offert dubitatio, quid agere debeat Locumtenens iustitiæ, cum veretur, huiusmodi vasallos non esse rei veritatem dicturos præ timore, ne deindè Baro, vel eius successores absoluta potestatis facultate grauem de se, suisve sumant vltionem, quæ dubitatio frequentius accidet, cum iudicium capitale contra aliquem Baronem instituitur, in quo vasallis licet contra Baronem testimonium dicere.

2 Cum capitale iudicium instituitur contra Baronem, vel cum de notoria iniustitia eius quæritur, debere Locumtenentem iustitiæ curare, ne veritas abscondatur, non est dubium, nulla etiam dubitandi occasio superest, vasallos huiusmodi præ timore Baronis, aut successorum ipsius nihil ex eis esse dicturos, quæ Baroni multum obesse possunt, & ideò nisi huic timori occurrat Locumtenens, nulla superest spes, vt possit ex huiusmodi testibus veritas erui.

3 Tres autem (vt mihi videtur) rationes occurrunt, quibus possit huic incommodo occurri. Primò, euitando, ne nomina testium Baroni innotescant. Secundò, inhibendo Baroni, eiusque successoribus, ne absoluta potestate vtantur contra huiusmodi testes. Tertiò, eos eximendo a potestate Baronis.

4 Prima ratio incommodum non leue affert Baroni, quia ignorando nomina testium difficilè potest exceptiones contra eos vrgentes proponere, nec satis testi consulitur, non modo quia veretur, ne is, a quo examen eius recipitur, vel scribitur, aut quispiam ex illis, ad quorum manus dicta originalia peruenire possunt, nomen suum aperiat, sed etiam quia ex dictis ipsius, & ex alijs circumstantijs sæpius facilè est personam ipsius agnoscere, quod satis est ad deterrendos vasallos, ne veritatem aperiant; nemini enim præscribi potest, vt non timeat *l.quia poterat. ff. ad Trebell.*

5 Secunda etiam ratio non est satis tuta; cum enim contingit Baronem ob aliquorum ex vasallis suis testimoniū pericula adire, & sumptus graues subire, adeò infensi fiunt huiusmodi testes ipsi, eiusque coniunctis, vt eis, eorumque descendentibus semper verendum sit, ne grauem a Barone, eiusque successoribus patiantur iacturam, eoque magis id verendum est, quia cum successores Baronis nunquam in gratiam recipiunt descendentes eorum, qui testimonio suo alicui ex Baronibus plurimum nocuerunt, tantus timor cæteris incutitur, vt difficillimum futurum sit, aliquos reperire, qui veritatem cū damno Baronis detegere velit,

6 Superest itaque tertia ratio, quæ licet Baroni damnosa sit, debet tamen recipi, ne veritas abscondatur. Graue quidem est, vasallos Baroni eripi, sed grauius est permittere rem in eo statu manere, vt liceat Baroni impune suis satisfacere cupiditatibus, & in quem libuerit grassari, & ideò huc commodè trahi potest *l.ita vulneratus 52.ff.ad leg. Aquil.* dum inquit. Quod si quis absurde a nobis hęc constitui putauerit, cogitet longè absurdius constitui, neutrum lege Aquilia teneri, aut alterum potius, cum neque maleficia impunita esse oporteat: hucque pertinet vulgatum illud, ex duobus malis minus est eligendum, quod desumptum est *ex c.1.dist.13.* & cum his concordat I. C. *in l.quoties nihil.ff.de reg. iur.* dum inquit, quoties nihil sine captione inuestigari potest, eligendum est, quod minimum habet iniquitatis.

7 Cum verò maximum soleat nobis męrorem afferre, personas nobis coniunctas nostra causa affligi nō parum valet ad deterrendos vasallos a testimonio dicendo timor, ne in coniunctos eorum, deindè vltionem Baro, aut eius successores sumāt, & ideò huic timori occurrendum est. Vbicunque ergo accidet, aliquos ex ijs, qui testimonium in Baronem dicere possunt, habere aliquos sanguine coniunctos, quorum causa Locumtenens omnibus circumstantijs bene perpensis veretur, ne veritatē dicere recusent, poterit inhibere Baroni, eiusve successoribus, ne aduersus eos, eiusve res absoluta vtatur potestate; neque enim hos opus erit eximere a potestate Baronis, cum non subsit ea timendi causa, quæ aduersus descendentes ipsorummet testium militat.

8 Ad deterrendos etiā vasallos a testimonio in Baronem ferendo plurimum valere potest timor, ne coloni, famulique, aut rerum ipsorum conductores a Barone male in ipsorum odium tractentur, & ideo his, alijsque similibus personis debebit per inhibitionem consuli, quæ tamdiu durare debet, quamdiu Locumtenens veretur, ne in odium huiusmodi testium his damnum inferatur.

9 Sobrie tamen hac potestate Locumtenens vti debet, ne aperiatur via latissima vasallis contra Barones coniurandi, grauissimum enim est iugum potestati absolutæ Baronum subesse, & ideò iustè veremur, ne occasionem illud excutiendi hinc arripiant, si facilè Locumtenens eos eximat a potestate, qui contra dominum testimonium dixerit.

10 Ex moribus Baronis, & opinione vasallorum, vicinorumque iniustitiam Baronis absoluta potestate vtentis; quemadmodum euidenter constare posset, hucusque exposuimus, superest, vt nunc declaremus, quemadmodum id constare possit ex modo, quo Baro absoluta vtitur potestate. Hac autem in re distinguendum est; aut constat de de-

licto,

lictio,pro cuius vindicta vtitur absoluta potestate, aut non constat.

11 Si constat,veluti,quia appareat aliquod delictū fuisse commissum, & Baro vtatur absoluta potestate aduersus eū,qui de eo infamatus est, vel quia Baro dixerit causam, ob quā in vasallum animaduertit, & tunc facilè est intelligere, an iniustè Baro se gerat; si enim perpensis circūstantijs, de quibus *in l.aut facta, ff. de pœn.* apparet pœnam valdè excedere delictum, nō est dubitandum euidenter apparere de notoria iniustitia Baronis,& proindè ei erit inhibendum.

12 Si verò non constat de corpore delicti, & tunc vbicumque contigerit, Baronem vti absoluta potestate, euidenter apparebit de eius iniustitia; huic enim speciei conueniunt omnia,quę proposuimus aduersus Baronem vtentem absoluta potestate aduersus eum, qui de aliquo crimine non est diffamatus in cap.anteceden.a num.22.

13 Et præterea vrget, quod ante omnia oportet constare de corpore delicti, vt possit quis vt reus ipsius allegari, neque enim qualitas potest stare sine subiecto *l.1.ff.de vsufructu.*

At dices, horum sententiam habere locum, cū iudicium super delicto instituitur, & proindè non pertinere ad speciem nostram cum Baronibus liceat de delictis sumere vindictam iudicij ordine prætermisso. Respondeo quædam respicere formam, seu ordinem iudicij, quædam substantiam ipsius. Quæ ordinem respiciunt, remitti possunt, quæ verò substantiam eius tangunt, nequaquam *§.constituitur.Instit.de vsufr.l.1.ff.de vsufr. ear.rei.*

14 Cum itaque ad substantiam iudicij pertineat, vt constet de delicto, de quo iudicium instituitur, cum sit eius fundamentum, fieri per constitutionem nō potest, vt super delicto,quod commissum fuisse non constat, iudicium instituatur, cum non entis nullæ sint qualitates.

15 At dices, ex conscientia Baronis animaduersio in criminosos pendet, ideoque vasalli eius dicto acquiescere debent quotiescumque afferit delictū commissum fuisse dignum huiuimodi pęna, eiusque auctorem extitisse eū, in quem animaduertit. Respondeo, Baronem hac in re versari vti publicam personam; nemo enim vt priuatus habet ius animaduertendi in reos, igitur eius scientia priuata non est respicienda, quia scientia priuata nō est sufficiens ad iustificanda ea, quæ nomine publico geruntur.

16 Delicta puniuntur (rem clarius explicabo) vt reipublicæ,& eis,qui indè damnum senserunt,satisfiat, vt exponit Aristot.*lib.5. Eticor.cap.5.* & est exploratum, igitur prius oportet constare de læsione,quam tractetur de compensatione, cum non aliàs possit constare non fuisse plus pro retributione datum, quàm fuerit ablatum, aliundè igitur, quam ex conscientia eius, qui de delicto pęnam sumit, de læsione constare debet, quia eius gratia non debet apparere, pęnam non excedere modū, sed aliorum, quibus nunquam potest esse satis ad iustificandam pęnam,quod is,qui illam statuit,dicat esse delicto conformem.

17 Insuper quicquid publico nomine geritur, sic fieri debet, vt appareat, eos qui publicas res tractant, bonum publicum quærere, & a tirannide plurimum eorum dominationem abesse,quia omnis potestas a Deo est, & quicquid a Deo est, ordinatum est,teste D.Paulo *ad Rom.13.* Cum igitur Baro,quatenus Baro est, hanc potestatem habeat, non potest quis iuficiari eum,vt publicam personā id facere, & potestate publica vti, igitur non potest admitti ipsius testimonio constare sufficienter de corpore delicti, cum nihil magis proprium tirannidis sit,quam ea,quæ nomine publico geruntur, eiusmet testimonio, qui ea gessit, sufficienter iustificari; hac enim ratione ex eorum,qui dominantur libidine vita,& res ciuium,quod vnum tiranni affectant,liberè pendent.

18 Et licet retroactis temporibus non appareat, Locumtenentes iustitiæ inhibuisse Baronibus sub prætextu, quod vterentur potestate absoluta animaduertendo in vasallos, etiam si non constaret delictum tanta animaduersione dignum fuisse commissum,non propterea dicere iure possumus, hoc ei hodie nō licere,quia, vt cætera prætercam, potest Locumtenens dicere, hoc non fuisse factū, quia non innotuit Barones absoluta potestate vti in casibus,in quibus de corpore delicti non constabat, quod satis est,vt ius inhibendi vasallis in hac specie non dicatur per nō vsum amissum,iuxta tradita per Felin. *in cap.cum accessissent, nume.25. de constitut.*

19 Si contigerit etiam frequenter aliquem Baronem vti absoluta potestate, si modo non ostendat extitisse causam idoneam id faciendi,notoria eius iniustitia a vasallo, aduersus quem potestate absoluta vtitur, facilius probabitur;cum enim tam magna potestas non alia de causa fuerit concessa, quā vt facilius vasalli in officio contineantur, non pōt Baro illa vti,cum pōt per remedia ordinaria id cō sequi;ad extraordinaria enim remedia non recurrimus, nisi deficientibus ordinarijs remedijs *l. in causæ eius nominis 2. ff. de minor.* vbi Bart. & DD. *l.in prouinciali,§.1.* vbi Bart. & DD. *de op.nou.nunciat.* & ideò cum agitur de Barone, qui absoluta potestate pluries vsus fuit absque idonea causa, non potest negari,eum modum in huius potestatis vsu excessisse, & proindè cum quæritur, an iustè absoluta potestate vtitur, facilius, quam aliàs fieret,eius iniustitia apparebit, quia in delictis ad conuincendum reum plurimum valet regula *semel malus, de regul.iur. lib.6.* in quam sententiam alia adduximus suprà cap.antecedenti, nu.13.

Barones Aragonia an possint vti absoluta potestate aduersus vniuersitatem, & impuberes. Cap. XLIII.

1 Absoluta potestas,qua vtuntur Barones Aragoniæ contra vasallos seruitutis, an possit exerceri contra vniuersitatem tractat Ioseph de Sesse *in tract. inhibitionum magistratus iustitia Aragon. cap.4. §.4. a num.1. vsque ad num.11.* multisque indè propositis argumentis rem indecisam relinquit.

2 Contra Barones ego sentio, non licere nempè eis vti hac potestate contra vniuersitatem, siue agatur de mulcta,siue de pęna corporis afflictiua, quia

quia vix eft, vt accidat omnes de vniuerfitate ita deliquiffe, vt poffit fine æqui, & boni offenfione conftitui pœna contra ipfammet vniuerfitatem.

3 Æquum, & bonum non patitur, pœnam modũ culpæ excedere *l. fancimus, C. de pœnis*; non patitur ergo æquum, & bonum contra vniuerfitatem pœnam ftatui, nifi conftiterit, omnes, qui in vniuerfitate continentur, ita deliquiffe, vt ea pœna omnes digni fint, hoc autem adeò rarò accidit, vt nulla ratione dicendum fit, hunc cafum fuiffe comprehenfum in conceffione abfolutæ poteftatis facta Baronibus Aragoniæ; quæ enim perrarò accidunt, non continentur in lege, quia ad ea non refpexit legiflator *l. nam ad ea, cum l. fequenti, ff. de legib.*

4 Tantoque minus id dicendum eft, quod illa verba, fuos vafallos feruitutis poffunt bene, vel male tractare, necnon illa verba. Immò poteft dominus fuos vafallos feruitutis fame, & fiti necare, indefinita verba funt, & ideò non poffunt comprehendere vniuerfitatem, quia fermo indefinitè prolatus non poteft accipi vniuerfaliter, nifi quatenus auctorem difpofitionis fenfiffe apparuerit, vt poft alios bene explicat Couarr. *lib. 1. var. cap. 13. nu. 5. & 8.* licet enim ad effectum cõprehendendi fingulares perfonas vafallorum, non obfcura fit mens auctorum abfolutæ poteftatis omnium, qui vafallorum nomine continentur, perfonas fingulares continere, obfcuriffimum tamen eft, eos voluiffe vniuerfitatem ipfam comprehendere.

5 Cumque duritiem barbaricam oleat poffe indicta caufa a Barone integram vniuerfitatem fame, & fiti necari, nemo iure affirmauerit, eos qui abfolutam poteftatem Baronibus concefferunt, eius mentis fuiffe, vt huiufmodi verba quò ad ipfam vniuerfitatem vniuerfaliter intelligerentur; hoc enim admiffo neceffariò fequitur permiffum effe Baroni vniuerfitatem fame, & fiti necare.

6 Quod fi contraria opinio verior videatur, facilè erit tunc intelligere, iure ne, an iniuria huiufmodi poteftate Baro vtatur, quia cum delictum ab vniuerfitate commiffum perrarò occultum effe poffit, facilè erit Locumtenenti iuftitiæ, eiufque Aulæ Senatoribus intelligere, an vniuerfitas pœna, mulctave ipfi indicta digna fit; nam de ijs, quæ notoria funt, poteft iudex extraiudicialiter notitiam quærere, vt per Alex. *in l. 1. num. 4. C. vt quæ defunt aduocat.* & alij, de quibus Surd. *conf. 311. a num. 37. in 3.*

7 Quod fi mulcta, aut pœna eos etiam tangeret, qui propter ætatem, morbũ, aut abfentiam, aliave ex caufa delicti huiufmodi participes effe non potuerunt, tunc euidenter de iniuftitia Baronis conftabit, & proinde ei erit per Locumtenentem inhibendum, iuxta ea, quæ fcripfimus cap. 41. a nume 13.

8 Tractemus nunc, an aduerfus impuberes exerceri poffit hæc poteftas, quod fi agatur de impuberibus, qui non intelligunt, quid agant, exploratum eft, ea aduerfus ipfos vti non licere; cum enim delicti capaces non fint, abfurdiffimum effet, eos punire poffe, fub prætextu enim puniendi facinorofos hæc poteftas defenditur, vt per Iofeph. de Seffe *de inhibit. cap. 4. §. 4. num. 6.*

9 Quod fi agatur de impuberibus doli capacibus res anceps videtur; cum enim impubes delicti capax eft, non minus punitur, quam puberes fiant *l. excipiuntur 14. verf. qui verò miniftri, ff. ad S. C. Sillanian.* & ideò nulla fupereffe caufa videtur impuberes eximendi, cum vis verborum eos dubio procul contineat.

10 His tamen non refragantibus contrarium fentio, nempè abfoluta poteftate non poffe vti Baronem aduerfus impuberem doli capacem, ex eoque moueor, quod non licet ab eo ordine, quem gentes lumine naturæ ductæ in puniendis delictis introduxerunt difcedere fine magna caufa *l. 4. ff. de conftitut. Princip. l. ius fingulare, ff. de legibus*, & exploratum eft.

Et proindè non licet abfque euidenti neceffitate concedere cuipiam ius condemnandi facinorofos homines indicta caufa eum omnium gentiũ confenfu natura fic dictante receptum fit, fe defendendi facultatem nemini effe auferendam *Clem. vnic. ad fin. de fentent. & re iud.* & tradit poft alios Menoch. *de arbitr. iud. q. 77.*

11 Nulla ergo caufa eft, cur dicamus auctores abfolutæ poteftatis eius mentis fuiffe, vt poffet contra impuberes exerceri, quia rariffimè hi crimina grauia patrant, & cum id faciunt, poffunt propter imbecillitatem confilij, & virium iuris ordine feruato faciliimè compefci, & puniri.

12 Licet ergo verba generaliter concepta fint, impuberes tamen non continent, ne dicamus, fine vrgenti ratione auctores huius poteftatis a iure naturali, & vniuerforum gentium confenfu difceffiffe non fine nota acerbitatis; verba enim generalia ciuiliter, non Iudaice funt intelligenda Iaf. *in l. filio pater, in 2. not. ff. de leg. 1.* Crauett. *conf. 259. num. 6.*

13 Curt. iun. *conf. 194. num. 22.* & ideò fecundum rationis dictamen explicari debent, vt per Crauett. *conf. 3. num. 3. conf. 259. num. 2.* & per Parif. *conf. 3. num. 61. lib. 3.* Rolan. *conf. 61. num. 54. lib. 2.* Curt. iun. *conf. 325. num. 31.* & fic exponi, vt non excederent

14 dant caufam, ob quam difpofitio facta fuit, vt poft alios notat Crauett. *conf. 221. num. 12. & conf. 236. num. 6. & 7.* Curt. iun. *conf. 101. num. 1.* Ruin. *conf. 7. num. 16. lib. 2.* Gabr. *conf. 29. num. 40. in 2.* Surd. *decif. 217. num. 15.*

15 At dicet quis, diuturno vfu receptum fuit, vt fub hac poteftate contineantur fœminæ, tefte Iofepho de Seffe *d. §. 4. num. 4.* licet facilè compefci poffint, cum a femita recta difcedunt iuris ordine feruato, multo magis ergo impuberes continentur; nam verba illa vafallos fuos, quæ mafculini generis funt, impuberes propriè, fœminas autem non propriè continent, iuxta tradita per Ant. Gabr. *tit. de verb. fign. conclus. 6. nu. 39.* per Rot. *par. 2. diuerf. decif. 125 a num. 6.*

16 Refpondeo, an illa verba vafallos fuos contineant ex proprietate fermonis fœminas ex eo pendere, an in hac materia diftincta fint nomina mafculorum, & fœminarum, quod enim dicitur mafculinum propriè non exprimere fœmininum, ibi habet locum, cum diftincta funt vtriufque fexus nomina *l. feruis legatis 79. de leg. 3.* & poft alios docent Gabr. *loco allegato num. 42. & 43.* Rot. *d. decif. 125. num. 37.* & ideò, vt deliberari poffit, an vltra fignificationẽ propriam fœminæ fuerint compre-

henfæ

bensæ, necessè esset indagare, an penes auctores, qui hoc verbo vtuntur, sint distinctæ appellationes masculi, & fœminæ, quod prætermittere statui, cum alia ratione possim argumentu satisfacere.

17 Dico igitur fœminas posse pacem ciuium turbare duplici ratione. Primò, hortando filios fratres, viros, aliosve coniunctos ad cędes iniurias, damnave patranda, commemorãdo iniurias, quas ipsi parentes, vel eorum coniuncti ab alijs acceperint; experientia enim docet, ijs enim in locis, in quibus intestina odia vigent, multas reperiri mulieres, quę suos sępe ad cędes incitãt vehemẽtissimè. Secundò, mulieres plurimum nocent, cum non viuant pudieè, dum enim multos in sui amorem trahere student, rixarum occasiones præstant plurimas, vt experientia quotidie indicat non sine maximo Reipublicæ damno, cumque his incommodis occurri non possit, si iuris ordinẽ seruare voluerit is, cuius notio, iurisdictiove est, non deest causa, cur sub absoluta potestate mulieris fuerint comprehensę, & propterea euidens discrimen adest inter mulieres, & impuberes; vix enim est, vt accidat casus, in quo opus sit absoluta potestate ad compescendum impuberem a femina abeun-

18 tem, vt interim omittam id, quod supra admonui, illud nempè, quod errore primum, deindè con suetudine receptum fuit, non debere nec ad consequentias trahi *l. quod non ratione 39. ff. de legib.*

Clerici coniugati an subsint absolutæ potestati Baronum Aragoniæ ad cap. penult. de cleric. coniugat. *Cap. XLIV.*

1 DE clericis coniugatis an subsint absolutæ potestati Baronum Aragoniæ nunc tractandũ est. Pro Baronibus vrget tex. *in cap. penult. de cleric. coniugat.* vbi Honorius III. Summus Pontifex scribens Anglorum Reginæ de clericis congiugat. inquit. *Cum igitur reddenda sint, quæ sunt Cæsaric, Cæsari, quæ sunt Dei, Deo, æquanimiter duximus tolerandum, si a talibus iustitias debitas, velut ab alijs vxoratis exigas, & seruitia consueta*, ex his enim verbis clarè deduci posse videtur clericos coniugatos ad instar aliorum vxuratorum absolutæ potestati Baronis subijci.

2 Hac ratione non obstante verius esse existimo huiusmodi clericos coniugatos exemptos esse ab absoluta potestate Baronis, cui ante ordinum susceptionem subijciebantur, & si agatur de clerico, qui cũ vnica, & virgine contraxit, tonsurãque & vestes desert clericales, res explorata est; cõstat enim huiusmodi clericum iudicis secularis iurisdictioni non subijci *cap. vnico, de cleric. coniugat. lib. 6.* si concurrant requisita Sacri Concilij Tridentini, de quibus *Sess. 23. cap. 6.* quod etiam not. Couarr. *d. cap. 31. num. 7. ad fin.*

3 Si verò agatur de clerico coniugato, qui nec tonsuram defert, nec vestes clericales, aut de eo, qui duas vxores, aut vnicam, quæ tamen corrupta erat, duxit, exemptio huiusmodi sic probatur.

Constat clericos, qui minores ordines susceperunt, si concurrant requisita Sacri Concilij Tridentini exemptos esse omnino, & liberos a potestate iudicis secularis, vt in dicto Concilio *Sess. 23. cap. 6. & habetur in cap. 2. de for. compet. in cap. 1. de cleric. coniug. lib. 6.* & post alios tradit Couar. *pract. qq. cap. 31. num. 3. 4. & 5. vers. tertio illud est*, & proindè per huiusmodi ordinum susceptionem desinit subditus Baronis esse eius vasallus seruitutis, quia sunt incompatibilia, vt quis sit exemptus a iurisdictione Baronis, & quod sit eius vasallus seruitutis.

4 Cum itaque vasallus seruitutis, qui minores ordines suscepit, dimittit habitum clericalem, vel in bigamiam incidit, vt absolutæ potestati Baronis subijciatur, opus est, vt rursus vasallus seruitutis fiat, quia hæc potestas exerceri aduersus eos, solummodo potest, qui vasalli seruitutis sunt, hoc autem non contingit ex eo, quod vestes dimittit clericales, vel in bigamiam incidit, ergo hoc non sufficit, vt possit Baro aduersus eum exercere potestatem absolutam.

5 Hoc autem non sufficere quòad clericos, qui virginem duxerunt, & tonsuram, vestesque clericales dimiserunt, ex eo probatur euidentissimè, quod si rursus eas sumpserint, & alicui Ecclesiæ mandato Episcopi inseruierint, priuilegia huiusmodi recuperãt, vt post alios scribit Couar. *d. cap. 31. num. 8.*

6 Quo verò ad bigamos indè constat, quod si a Summo Pontifice ab hoc vitio dispensationẽ obtinuerint, impedimentum indè contractum tollitur, & ideò iura pristina recuperant, vt tradunt DD. *in cap. 2. de bigam.* vbi Abb. præcipuè *num. 6.* & alij, de quibus Couarr. *de irregular. par. 1. §. 2. num. 4.* hinc enim sequitur, quod adimplendo requisita *cap. vnic. de cleric. coniugat. lib. 6.* & Concilij Tridentini *loco allegato* fori priuilegium habebũt, sicut habent clerici coniugati bigamiæ expertes, quod contingere vtique non potest, si dimittendo vestes clericales, vel bigamiam contrahendo in pristinam causam redirent, quia opus esset, vt a iurisdictione Baronis rursus eximerentur, quod vtique vestes clericales, & tonsura nequeunt vi sua efficere.

7 Argumentum ex aduersò allatum ex eo tollitur, quia, quò ad priuilegium fori, & onus subeundi munera realia specialiter constituta circa clericos coniugatos, fuit differantia, vt constat *ex cap. vnico, de cleric. coniugat. lib. 6.* & explicat post alios Couarr. *d. cap. 31. num. 8.* & ideò non potest de vno ad aliud duci argumentum.

8 Debent autem Episcopi diligenter cauere, ne in damnum Baronum facilius, quam æquum est, vasallis seruitutis minores ordines largiantur.

9 Si autem contigerit, Baronem vti potestate aduersus clericum coniugatum nõ habentem priuilegium fori, ius compescẽdi eum commune erit iudicibus ecclesiasticis, & secularibus, quia vtraque potestas offenditur.

Cum enim huiusmodi clericus fori priuilegio non gaudeat, secularis iudicis potestati subiectus est, & proindè, dum Baro absolutam potestatem aduersum eum per iniuriam exercet, iudicis secularis munus est eum iuris remedijs compescere.

10 Iudex autẽ Ecclesiasticus in eo offenditur, quod, dum Baro clericum huiusmodi seruitutis vasallũ esse

eſſe contendit, offendit ordinis clericalis immunitatem, & poteſtatem ordinum minorum in dubiũ reuocat, & ideò iure poteſt iudex eccleſiaſticus eum compeſcere.

Cum itaque clericus coniugatus a Barone abſolutæ poteſtatis prætextu vel vexatur, vel veritur vexari, poterit ad alterum ex his tribunalibus confugere, & obtinere inhibitionem cõtra Baronem, quæ ſine iniuria denegari non poteſt, quod, ſi iudex eccleſiaſticus inhibitionem denegauerit, licitum erit appellare ad Summum Pontificem, cum inhibitionem denegando grauamẽ magnum ei inferat.

11 Curare autem Locumtenens iuſtitiæ debebit, ne Barones directè, aut indirectè impedimẽto ſint ſuis vaſallis ſeruitutis, quo minus ordines, cum religionis ergo id deſiderant, ſuſcipiant, qua in re, cũ per fraudem multa fieri poſſint a Baronibus, licebit Locumtenenti coniecturis, & indicijs fidem præſtare, & in Barones grauiter animaduertere; cum enim agitur de ijs, quæ occultè fiunt, probationes, quæ alias non eſſent ſatis, ſufficere in comperto eſt.

Abſoluta poteſtas an poſſit exerceri a tutoribus Baronum Aragoniæ. Cap. XLV.

1 AN abſoluta poteſtas competens Baronibus Aragoniæ poſſit exerceri ab eorum tutoribus, & curatoribus videamus. Pro tutoribus vrget, quod tutores Regum, & Principum omnia exercent, quæ ad Principis officium ſpectãt, quod nos experti ſumus poſt luctuoſiſſimam mortem Coſimi II. Magni Hetruriæ Ducis inclitæ memoriæ Principis, & liberaliſſimi litterarum Mecenatis; vidimus enim omnia ad regimen ſtatutũ pertinentia per Sereniſſimas tutrices expediri, & tradunt Bart. *in l. quidam conſulebant, nume. 13. de re iud.* Abb. *in cap. cum vigeſimum 42. num. 3. de offic. deleg.* & ibi Felin. *num. 4. verſ. & dixit hic Abb.* neque enim idonea ratio differentiæ occurrere videtur inter Baronem, & Principem; quemadmodũ enim ad tutores Principis ſpectat Principatum gubernare, ita ad tutores Baronis pertinet baroniam regere, & facinoroſis hominibus expurgare, cuius gratia hæc poteſtas abſoluta fuit conceſſa, vt legitur apud Ioſephum de Seſſe *in tract. de inhib. magiſtr. iuſti. cap. 4. §. 4. num. 5. & 6.*

2 Contrariam partem ſequor; aut enim ſupponimus Baronem eſſe infantem, aut infantiam exceſſiſſe, ſi infans eſt, tutor non poteſt exercere poteſtatem abſolutam, quia ea, quæ ex animo pupilli pendent, ab alio, quam ab ipſo, cum infans eſt, non poſſunt ſecũdom iuris rationem expediri, & ideò opus fuit, vt per conſtitutionem particularem introduceretur, vt patri, & tutori liceret adire hereditatem infanti filio, vel pupillo delatam, vt conſtat *ex l. ſi infanti, C. de iur. delib.* Abſolutam autem poteſtatem Baronum ex animo ipſorum pendere non eſt dubitandum, cum in eo conſiſtat, vt pro libito volũtatis ipſorum poſſint bene, vel male tractare vaſallos ſuos ſeruitutis.

3 Secundò, cum de vſu abſolutæ poteſtatis agimus, maxima eſt differentia, an ea vtatur is, penes quem reſidet, an alius; ſi enim ipſemet ea vtatur, ſatis eſt, quod dicat, ſic ſibi videri expedire; ſi verò alius eius mandato id faciat, opus eſt, vt cauſam exprimat, cur ita faciat, de eaque liqueat, vt docet Bald. *in l. ſi teſtamentum* 10. *nu. 2. C. de Baro. teſtam.* quem approbant alij, quos referunt, & ſequuntur Dec. *conſ. 288. nu. 6. ad fin. verſ. & hoc ſaltem, & nu. 7. & 8.* Pariſ. *conſ. 9. num. 33. lib. 2.* ergo Baronis tutor non poteſt vti abſoluta poteſtate; cum enim proceditur cum cauſæ cognitione abſoluta, huiuſmodi poteſtas non poteſt allegari.

4 Si verò infantiam exceſſit, & tunc, cum ea, quæ gerit pupillus, auctore tutore gerere eũ oporteat, iuxta ea, quæ habentur *in tit. Inſtit. & ff. de auct. & conſenſ. tut.* ſi dicimus in hac ſpetie abſolutæ poteſtatis vſum eſſe conceſſum, fateri oportet, Baronẽ pupillum auctore tutore poſſe vaſallos ſeruitutis indicta cauſa fame, & ſiti necare, hoc autem non conuenit naturæ abſolutæ poteſtatis, nec officio tutoris, aut auctoritati pupilli, ergo nullatenus eſt admittendum eam in hac ſpetie exerceri poſſe.

Non cõuenit naturæ abſolutæ poteſtatis, quia exemptum eſſe a legum obſeruatione proprium eius eſt, qui cęteris præeſt, vt explicat Ariſtot. *lib. 3. Polit. c. 12.* & proindè abſolutæ poteſtatis vſus ex tutoris auctoritate pendere nõ debet, quia hac ratione tutor, qui non eſt exemptus a legum obſeruatione, re ipſa ſupra leges eſſet, quia, cũ pupillus ex nutu tutoris pendeat, quicquid tutori libebit, pupillus eo auctore facturus eſt.

5 Secundò abſolutæ poteſtatis vſus rariſſimè debet vſurpari, neceſſitate ſcilicet vrgente, vel euidenti vtilitate; abſoluta .n. poteſtate ſi Baro facilè vtatur, a tirãnide nequit excuſari, q̃a indicta cauſa ſubditos facilè condemnare duriſſimum eſt, & acerbiſſimum; non ſatis itaque conuenit naturæ abſolutæ poteſtatis conceſſæ Barbonibus, vt exerceatur tutore auctore, quia, cum rarũ ſit, vt intra tempus, quo tutela durat, veniat caſus, in quo neceſſaria ſit abſoluta poteſtas ad compeſcendos facinoroſos homines, tutori tantã poteſtatem tribui eius naturæ non ſatis conuenire videtur, & hæc eſt differentia, quę adeſt inter poteſtatem abſolutã Regis, & Baronũ, de quibus agimus, quia, cum Rex plurimos ſubditos habeat, facilè eſt, vt in dies veniat occaſio legitima omittendi ordinẽ a legibus poſitiuis præſcriptum, & proindè abſolutæ poteſtati Regiæ conuenit, vt per tutores Regis poſſit exerceri, quia aliàs Regnum deſtitutum eſſet eo remedio, quod ſolum ſupereſt ad Regnũ conſeruandum, cum leges ſcriptæ Magiſtratusve id nequeunt præſtare.

6 Officio autem tutoris non conuenire, vt auctoritatem præſtet Baroni ad exercẽdam abſolutam poteſtatem ex eo liquet, quod tutor conſtituitur ad tuendum eum, qui ſe per ætatem tueri nequit *l. 1. ff. de tutel. & Inſtit. eod. tit. in princ.* neque enim neceſſarium eſt ad tuendam perſonam pupilli, vt hac in re poteſtatem habeat, at dices, non eſſe etiã neceſſarium ad tuendam perſonam pupilli, vt tutor habeat ius adminiſtrandi patrimonium eius, & tamen hoc munus, ex natura ipſius tutelæ, ad eum pertinere in comperto eſt. Reſpondeo, cum perſonam pupilli ciuiliter cõſideramus, de eoque

tuendo

tuendo agimus, non solum oportere corporis, animique eius curam habere, sed etiam patrimonij, cum ex eo magna ex parte pendeat ciuium status, & cõditio, & proindè tutela tutori tribuit ius administrandi res pupilli, quia aliàs tutor perfectè non posset tueri pupillum, non potest ergo hoc trahi ad absolutam potestatem, de qua agimus, quia cum Baronibus fuit concessa hæc potestas, id factum non fuit, vt Barones possent suas explere cupiditates, sed id fuit cõstitutum pro salute subditorum; cum enim omnis potestas à Deo sit, necessè est, vt omnis potestas ad bonum tendat, quia quicquid a Deo ordinatum est, vt ratiocinatur D. Paulus *ad Rom.* 13. & proindè hęc potestas, quę ad tuendos subditos instituta fuit, non respicit personam Baronis, sed subditorum, ad eam igitur ius tutelæ se non extendit.

7 Vtilitati autem pupilli hoc non conuenire facilè est intelligere, considerando ius, quod hac potestate tribuitur, bene scilicet, vel male tractandi vasallos pro libito volũtatis eorum; hac enim ratione aperitur ianua latissima tutori suas explendi cupiditates, & alienandi animos subditorum a Barone, quod damnosissimũ est, vetus est adagium, licentia homines deteriores fiunt, & fures, qui nõ sunt, occasione fiunt, quod in tutoribus præcipuè accidit; quotidie enim videmus tutores res pupillorum auidissimè expilantes, sępissimè enim accidit, vt furta ipsorum detegi nequeant, qua de causa summus ille practicus Albericus de Rosate *in Dictionario, in verbo tutor*, sic inquit.

8 Tutor dicitur quasi tuitor, idest defensor *l. 1. ff. de tut. & Instit. de tutel. in princ.* sed hodie communiter magis dici possunt tollitores, quam tutores, quia communiter tollunt, & furantur bona pupillorum, concordant Ant. Piaggius *de tutel. quæst.* 1. *num.* 3. Paul. Montan. *eod. tract. num.* 2. vbi inquit, *Sed mirum videri non debet, cum certum sit, plerumque tutores non respondere suo nomini*, & id etiam plerumque euenire fatetur Io. Gutierez *de tut. & cur. par.* 1. *cap.* 1. *num.* 10. *in fine.*

9 Non debent ergo permittere illi, quorum iurisdictio notior est, vt tutor absoluta potestate vtatur; nam iudex in ijs, quæ ad pupillum pertinent, solum vtilitatem eius considerare debet, ita vt eius causa negligat voluntatem patris *l. vtilitatem*, & ibi Bald. *de confirmand. tutor.* qua de causa factum est, vt iudex debeat locum educationis a patre electũ, cum damnosum est, mutare *l. 1. vbi pupillus educ. deb.* eadem de causa præceptũ patris, ne quis ad tutelam admittatur, a Præside interdum negligitur *l.* 3. *§. quamuis*, & ibi Bart. *num.* 3. & Cuman. *in fin. de administr. tut.* alia hoc pertinentia tradit Mantica *lib.* 3. *de coniectur. tit.* 3. *num.* 19.

Absoluta potestate an vti possit Baro, cui ob defectum ætatis mentis, aut valetudinis curator dari potest, & an hac potestate vti possit curator, aliqua ex his causis Baroni datus. Cap. XLVI.

1 AN absoluta potestate, qua Barones Aragoniæ in suos vasallos seruitutis vtuntur, vti possint eorum tutores disputauimus in antecedenti capite, nunc exponere oportet, an curatoribus eorum id liceat, & licet ex dictis in huiusmodi capite satis hæc res explicata videri possit, non inutile tamen erit eam specialiter examinare; multa enim occurrunt, quæ propria huius disceptationis sunt.

2 Curator Baroni datur ob defectum ætatis, mentis, aut valetudinis *§. item furiosi, Instit. de cur.* huiusmodi autem curatoribus an liceat exercere hãc potestatem, antequam explicemus, exponere oportet, an Baro, qui in ea causa est, vt curatorem accipiat, altera ex his causis possit absoluta potestate vti.

3 Quod pertinet ad Baronem, qui adhuc nõ peruenit ad legitimam ætatem, existimo ei non licere vti absoluta potestate, motus ex ijs, quæ leguntur in celebri Oldradi cons. 52. quæstio est talis, quod scilicet tutela Regis non finitur pubertate, sed durat vsque ad legitimam ætatem, quia ante eam non est aptus ad exercenda munera Principis, & ideò cõpleta pubertate debet ei dari curator, qui administret res Regni, donec Rex ad ætatem legitimam peruenerit, & cum Oldrado sentiunt Felin. *in cap. cum vigesimum* 41. *num.* 4. *vers. vos dicatis, de offic. deleg.* & alij, de quibus Ant. Gomez *ad legem* 40. *Tauri, num.* 8. *& var. resolut. tit. de delict. num.* 56. Tiraquel. *de primogen. quæst.* 40. *num.* 207. Gulielm. de Benedictis *in cap. Raynutius, in verbo, adiectæ impuberi.* Caldas *de restit. in integrũ, in verb. hunc contractum seruari, num.* 46. *vers. hæc mala.* Io. Gutierez *de tutel. par.* 1. *cap.* 18. *num.* 1. *vers. sentententiam*, ex quibus patet hanc esse communem sententiam.

5 Rationes enim quibus nititur hęc opinio multo magis vigent in Baronibus, de quibus agimus, quod nempè ius naturale non permittit eum, qui ad patrimonium suum administrandum non satis idoneus est, exercere ius vitæ, necisque in subditos; nam de huiusmodi Baronibus magis suspicandum est, quam de magnis Principibus, qui educari, & versari cum præstantissimis viris solent, quod Baronibus non facilè accidit.

6 Et licet huiusmodi Oldradi traditio nonnullos habeat contradictores, scilicet Imol. Ro. Prob. & Franc. *in cap. grandi, de supplen. neglig. Prælat. lib.* 6. Vasq. *de success. creat. §.* 1. *num.* 13. non tamen huic fundamento quidquam detrahitur; illi enim, qui dicunt, Principẽ posse munera Principis exercere, cum pubes est absque curatore, fundamentum constituunt in probitate, & prudentia virorum insignium, qui apud Principes magnos manere solent, quibus Reipublicæ munera mandantur, vt constat ex traditis per Caldas *loco allegato, num.* 47. *vers. quod si quis*, ex Gutierez *d. cap.* 18. *nume.* 7. *&* 8. dum enim dicunt suppleri per eorum prudentiam, & virtutem defectum ætatis Principis, apertè sentiunt, aliud esse obseruandum in Baronibus, de quibus agimus, qui plerumque loco virorum huiusmodi consiliarios habent illos met, quibus cum ijs voluptatibus incumbunt, quæ adolescentiæ, propria sunt delectamenta, & proindè ex horum sententia affirmare nobis licet absurdũ esse, ius vitæ, necisque apud eum esse, qui adeò imbecillis iudicij est, vt non existimetur satis idoneus ad patrimonium suum administrandum, &

ideò, dum dicitur in foro Aragoniæ nobiles, & Barones poſſe pro libito voluntatis eorum vaſallos ſeruitutis bene, vel male tractare, intelligendum eſt de illis, qui ad ætatem legitimam peruenerunt,
7 omnis enim diſpoſitio ſic debet exponi, ne ſequatur abſurdum, etiam ſi oporteat verba vniuerſalia in ſermonem particularem reſoluere *l. ſcire oportet, §. aliud, de excuſ. tut.* Felin. *in cap. nemo, de ſimon.* Crot. *in l. 1. num. 4. de legat. 1.* & ibi Crauett. *à num. 55.* Ruin. *conſ. 188. num. 12. lib. 2. & conſ. 18. nume. 8. lib. 3.* Cardin. Mantic. *de coniectur. lib. 3. tit. 7. in fine.*

Hæc de minore ſatis; omitto enim multa, quæ de moribus iuuenum paſſim apud bonos auctores leguntur, quæ ad huiuſmodi ſententiam firmandam multum valerent, & ad alia explicanda me transfero.

8 Non omitto tamen, non propterea ſententiam a nobis firmatam reſpuendam eſſe, quod retroactis temporibus Barones, ſub prætextu illegitimæ ætatis, non fuerint impediti abſoluta vti poteſtate, quia (vt omittam, quod hæc allegatio nō aliter vires habere poteſt, quam ſi conſtiterit eum, cuius notio, iuriſdictio ve erat, certam habuiſſe notitiam ætatis Baronis vtentis abſoluta poteſtate) non poteſt id, quod per negligentiam alicuius Magiſtratus factum eſt, in exemplum trahi aduerſus iuris rationem, quia legibus, non exemplis eſt iudicandum *l. nemo, C. de ſent. & interlocut. omn. iud.*

9 Conſuetudo etiam inde deduci nō poteſt, quia ex vſu populi, non ex opinione alicuius magiſtratus conſuetudo deducitur *l. de quibus, ff. de legibus, §. ex non ſcripto, Inſtit. de iur. nat.* & ſi deduceretur, tanquam irrationalis non eſſet obſeruanda *cap. fin. de conſuetud.*

10 Non poteſt etiam dici hoc declarauiſſe ius, de quo agimus, continere etiam minores, quia in ambiguitatibus, quæ ex iure proficiſcuntur res iudicatas ita demum nos ſequi oportet, cum ita perpetuò fuit iudicatum *l. nam Imperator noſter 38. ff. de legib.* vt interim omittam interpretationem, quæ abſurdam legem reddit, nullo tempore firmari poſſe, quia rationi aduerſantur, vt id ſequamur, quod abſurdum eſt.

11 De eo nunc videamus, cui ob defectum mentis datur curator, quod, ſi agatur de illo, qui non intelligit id, quod agit, res explorata eſt non licere ei abſoluta poteſtate vti, & ideò diſputatio redigitur ad prodigos, & ad eos, qui ingenij hebetis ſunt, & craſſiſſimi: prodigus enim, licet in ſermone cōpos mētis videatur, re ipſa tñ eius expers eſt, & propterea ipſi interdicitur bonorū adminiſtratio *l. his qui 12. §. 1. ff. de tut. dat. ab his*, quod ſi aliquis Baro in ea cauſa ſit, vt ei curator tanquam prodigo dādus ſit, *iuxta l. 1. ff. de curat. fur. & prod. dat.* nulla dubitatio eſſe poteſt, ei interdici poſſe per Locumtenentem iuſtitiæ, ne vtatur abſoluta poteſtate; cum enim huiuſmodi prodigus exiſtimetur non ſie eſſe mentis compos, vt tuto poſſit ei relinqui adminiſtratio ſui patrimonij *d. l. ſui, §. 1. de tut. & curat. dat. ab his.* abſurdum eſſet permittere ei vſum poteſtatis, ex qua ſalus ſubditorum pendet; mentem enim deſiderat perfectiſſimam, vt legitimè quis ea vti poſſit.

Difficultas itaque conſiſtit, cum quis non eſt euidenter prodigus, apparet tamen eum largè nimis pecunias expendere, & voluptatibus cum euidenti patrimonij diminutione obſtinato conſilio inſeruire, qua in re ſic me expedio; quotieſcunque Locumtenenti iuſtitiæ conſtat Baronem ita ſumptuoſum eſſe, vt, etiam ſi animaduertat ſe patrimonium diſſipare, nolit tamen ſuperfluos ſumptus reſecare, debet ei interdicere vſum abſolutæ poteſtatis.

12 Fundamentum huius ſententiæ in eo conſiſtit, quod euidenter tunc apparet, Baronē eam mentis ſanitatem non habere, quæ neceſſaria eſt, vt nō ſit abſurdum, tantæ poteſtatis vſum eum habere; cum enim ad dignitatem conſeruandam diuitiæ neceſſariæ ſint, quicūque eas profligat, & perdit, apud prudentes viros ſtultitiæ nomine notatur. Abſurdum autem eſſe tantam poteſtatem apud eum eſſe, qui apud prudentes viros non ſatis ſanæ mentis exiſtimatur, non eſt multis comprobandum; omnes enim intelligunt ius vitæ, necíſque non debere penes eum eſſe, de quo iuſtè veremur, ne ea abutatur.

13 Cumque ſumptuoſi homines nihil prætermittere ſoleant, cū pecuniam in promptu non habēt, vt eam comparēt, cum de his hominibus agimus, iure verendum eſt, ne timore abſolutæ poteſtatis a vaſallis ſeruitutis pecunias ſæpius extorqueant, & proindè iuſtiſſima cauſa eſt, vt Locumtenens iuſtitiæ inhibeat Baroni hoc morbo laboranti, ne abſoluta vtatur poteſtate.

Et hæc opinio facilius reſpiciēda eſt, quod ipſis Baronibus vtiliſſima eſt; ſi quis enim eorum erit, qui patrimonium largius, quam conueniat, expendat, facilè ad bonam frugem reuocabitur ob timorem, ne ſibi vſus abſolutæ poteſtatis adimatur, quod, ſi periculum in mora non fuerit, bene erit, vt Locumtenens, antequam hac de cauſa inhibeat, Baronem priuatim admoneat, & hortetur, vt redeat ad bonam frugem, comminando, ſe ei inhibiturum eſſe, ſi mores non mutauerit; hac enim ratione tollitur occaſio Baronibus conquerendi ſibi iniuſtè per Locumtenentem inhiberi.

14 Tractemus nunc de eo, qui hebetis ingenij eſt, an is habeat vſum huius poteſtatis, quod, ſi adeò hebes ſit ingenium, vt res ſuas familiares neſciat adminiſtrare, & propterea in eo ſtatu ſit, vt curator ei poſſit dari, non eſt dubitandum ei inhibendum eſſe, ne abſoluta vtatur poteſtate, quia abſurdum eſt tantam poteſtatem penes eum eſſe, qui nec ſuum patrimonium poteſt adminiſtrare, & ideò ſub verbis generalibus fori de hac re loquentis non continetur, iuxta *l. ſcire, §. aliud, ff. de excuſ. tut. & ea quæ habentur hoc eodem capite nu. 7.*

15 Quod ſi in ea cauſa eſt, vt ei curator non ſit dādus, craſſæ tamen Mineruæ eſt, res ex eo pendet, an ſit aptus ad examinādas omnes circunſtantias, quæ neceſſariò debent a Barone examinari, vt legitimè hac vtatur poteſtate; ſi enim ad id faciendum nō ſit aptus, dubio procul erit ei inhibendū; vſum enim abſolutæ poteſtatis eum habere abſurdum eſt, qui non intelligit, qua ratione ea vti debeat; hac enim in re tunc non differt a mentecapto, facilè autem erit Locumtenenti hoc intelligere

gere diligenter Baronem interrogãdo de illis, quę actum absolutæ potestatis respiciunt.

16 Superest, vt tractemus de eo, cui ob aduersam valetudinem datur curator, qua in re sic me expedio: vbicumque morbus, vel decrepita ætas non sint, Baronem diligenter inuigilare, & perscrutari mores, & ea, quæ vasalli seruitutis faciunt, ei inhibendum est, ne absoluta vtatur potestate, quia tunc in eo statu est, vt non possit examinare omnes circunstantias, quæ examinari debent antequam Baro absoluta vtatur potestate.

17 Tunc Baro legitimè vtitur absoluta potestate, cum clarè intelligit eum, in quem animaduertit animaduersione huiusmodi dignum esse, & a populo existimari, vt constat ex scriptis supra c.42. a num.13. hoc autem intelligi non potest ab eo, quē morbus, aut ætas domi plerumque retinet, quia non potest ea omnia intelligere, quæ satis sunt, vt certam habeat rei, de qua agimus notitiam, iusta ergo causa adest tunc ei adimendi vsum absolutæ potestatis.

18 Baroni, qui in ea causa est, vt ei sit dandus curator ob defectum mentis, ætatis, & bonæ valetudinis, non licere vti absoluta potestate ostendimus hoc eodem capite, agendum nunc igitur est de curatore his ex causis Baroni dato, an ei liceat vti absoluta potestate, vtque clarior nostra reddatur disceptatio, de singulis curatoribus distinctè agemus.

19 Quod pertinet ad curatorem ob defectum ętatis datum constat, eum ea de causa principaliter dari, vt rerum adulti curam habeat, *vt in Instit. qui testam. tut. dar. poss. §. tutor ad certam causam*, & ibi DD. *l. in copulandis, C. de nupt.* & ibi DD. Alexan. *cons.44. num.17. lib.5.* & alij passim, & ideò non potest quispiam affirmare in eum transferri ius absolutæ potestatis, cum hoc non sit necessarium ad rectè administrandum Baronis patrimonium.

20 An autem minor, cui alias non licet vti absoluta potestate, vt luculenter ostendimus hoc eodem capite, cum consilio curatoris hac potestate vti possit, discutiamus.

Pro minore vrget, quod defectus consilij minoris suppletur ob prudentiam curatoris, & proindè cessat absurditas, quæ non sinit minorem suo consilio exercere absolutam potestatem.

21 Contra minorem verò vrget, quod leges non sinunt minorem immobilia alienare cum consensu curatoris, sed pręterea desiderant auctoritatem iudicis *l.1. & tot. tit. ff. de reb. eor. l.1. & tot. tit. C. de prædijs minor.* hinc enim intelligimus, quod lex nō tantum confidit consilio curatoris, vt existimet per ipsum ita suppleri defectum ætatis adulti, vt ea gerere possit cum ipsius auctoritate, quæ facere posset, si legitimæ ætatis esset, multo minus ergo auctoritas curatoris debet suffragari, vt possit Baro vti absoluta potestate; cui enim denegamus, quod minus est, non debet concedi, quod est plus, quæ ratiocinatio pertinet ad confirmationē eorum, quæ cap.45. disputauimus aduersus Baronis tutorem, ex quo loco alia possunt colligi, quæ ad confirmandam hanc sententiam pertinent.

22 De curatore furiosi, mentecapti, & prodigi agamus nunc, & quod pertinet ad curatorem eius, qui mente omnino caret, eum personæ principaliter, & in consequentiam rebus dari scribunt Salicet. *in l. in copulandis, C. de nupt.* Dec. *in l. quo tutela redit, §.1. n.4. de reg. iur.* & alij, quos sequitur P. Mōtanus *de tutel. cap.29. num.8. & 9.* Cum autem non sit necessè pro salute personæ furiosi, & mentecapti, vt in curatorem transferatur ius exercendi absolutam potestatem, non est admittendum, ei hoc ius competere, quia limitata causa limitatum producit effectum.

Nec nocet, quod curator Principis mentecapti exerceat in subditos potestatē omnem, quæ Principi in ipsos competit *cap.2. de supplen. neglig. Prælat. in 6.* quia ideò hoc accidit, quia Regnum, & Principatus destitueretur eo auxilio, sine quo consistere non potest, vt adsit nempè aliquis, qui saluti ciuium consulere possit, cum ad id efficiendum leges scriptæ, & magistratus non sufficiant, quod non contingit in spetie nostra; vix enim est, vt accidat casus, in quo non possit curator Baronis ad Magistratus Regios confugiendo facinorosos compescere, & ideò non est verisimile auctores absolutæ potestatis eius mentis fuisse, vt vsus absolutæ potestatis transiret in curatorem, de quo agimus *l. nam ad ea, ff. de legib.*

23 Quò ad curatorem prodigi, euidens est, ei non esse hoc permissum, quia, cum personæ non detur, quia se ipsum prodigus tueri potest, non potest ex eo, quod curam patrimonij habet, hanc potestatem sibi vindicare, quia nihil commune habet absoluta potestas cum administratione bonorum Baronis.

24 Superest, vt tractemus de curatore eius, qui ob aduersam valetudinem rebus suis superesse non potest, cumque sanitatem mentis retineat curator huiusmodi dubio procul patrimonio datur, non personæ, quæ non eget curatore, sed Medico, & personis, quæ ei iugiter præsto sint, & proindè ea ratione qua prodigi curator hanc non habet potestatem, concludendū est, eam nō habere curatorē, quem prę manibus habemus, maximè, quia, cū Baro retineat integram mentis sanitatē, æquum est, vt apud ipsum resideat potestas huiusmodi.

25 Maior autem dubitandi ratio est, cum quærimus, an is, de quo agimus cum consilio curatoris possit absoluta vti potestate, quod non est concedendum; cum enim personæ non detur huiusmodi curator, sed rebus, non pertinet ius ipsius ad ea, quæ administrationem patrimonij non respiciūt, & proindè Baro huiusmodi sine curatore potest dubio procul iudices constituere, & alia exercere, quæ iuris ordine seruato ad eum spectat expedire; quia morbus, qui sinit Baronem sanitatem mentis retinere, ei non aufert imperium, & iurisdictionē, quam in vasallos suos habet.

Petitio hæreditatis, an merè realis actio sit ad l.7. C. de petit. hæred. & ad l. sed & si lege, §. petitio, ff. eod. tit. *Cap. XLVII.*

1 ACriter contendunt interpretes *in rubr. ff. si cert. pet.* an petitio hæreditatis actio sit merè realis, qua de re agit etiam D. Facbin. *lib.12. c.62.* de eadem re tractatur a DD. *in l. hæreditatis, C. de*

petit.hæred. Vtriuſque opinionis auctores non numerabo, nec argumenta, hucuſque adducta, ſed quid mihi in mentem venerit, exponam.

2 Naturam actionum non poſſumus melius intelligere, quam ex fine, propter quem actio, de qua agimus, fuit introducta, vt conſtat ex ijs, quæ ſcripſi *lib.3.c.1.num.2.* Itaque, vt rem noſtram intelligamus, videamus, ad quem finem petitio hæreditatis fuerit inuenta, &, vt mihi videtur, hæc actio fuit excogitata, vt illi, qui velut hæredes, vel nullo titulo muniti hæreditatem, vel partem eius, aut aliquid ad eam ſpectans poſſiderent, vel haberent, a vero hærede conueniri poſſent, nulla facta diſtinctione, an rerum hæreditariarum, an iuris poſſeſſores ſint, *l.licet, l.item videndum, §.fin.l.regulariter, l.etiam ſi, §.fin.l.idem Iulianus, ff.de petit.hæred.* qua de cauſa factum eſt, vt ſi quis debitor hæ-

3 reditatis perſonaliter obligatus negauerit ſoluere, quia contendit ſe eſſe hæredem, hac actione conueniri, & condemnari poſſit, *l.ſi debitor, l.etiā ſi, §.fin.cum tribus ll.ſeqq.l.item veniunt, §.cum prædiximus, ff.de petit.hæred.* quia aliquid habet ad hæreditatem ſpectans, quod velut hæres detinet.

4 Ex eadem ratione deſcendit, vt illi, qui res hæreditarias diſtraxerunt, vel credita hæreditaria exegerunt, hac actione teneantur, *l.quod ſi in diem, §.ſed et ſi, ff.de petit.hæred.* & *l.ſi quis poſſeſſor, §.fin. eod.titulo.*

5 Igitur neceſsē fuit huic actioni dare naturam diuerſam ab actionis merè realis natura, eiq; vim perſonalis actionis tribuere, cum non poſſit alias ſatis eſſe ad id conſequendum, propter quod inuenta fuit. Nam eos, qui res hæreditarias non habent, ſed iuris poſſeſſores ſunt, nullatenus actione reali poſſumus conuenire, ſi credimus Iuſtiniano *in §.omnium, Inſtit.de act.* quo loci actionis realis naturam, quatenus actio realis eſt, exponit, & prout genus eſt, alias non poſſet excuſari, quòd volēs proponere ſummam, idest præcipuam omnium actionum diuiſionem, actionem realem in genere conſideratam, quæ ſub ſe plures ſpecies continet, omiſerit, neque enim ſpecies noſcere poſſumus, niſi cognito genere, huc etiam ſpectat *l.actionum genera, ff.de act.& oblig.*

6 Et licet in hæreditate non ſemper adſint ea, quę non poſſit hæres ſola actione reali conſequi, ſatis eſt tamen, quod adeſſe poſſunt; legiſlator enim ad naturā hæreditatis, pro qua conſequenda hanc actionem inſtituit, quæ ad vniuerſum ius defuncti pertinet, reſpicere debuit, non ad caſum aliquem particularem; & ex his intelligimus, præſtationes perſonales in hac actione venire per ſe, & vi ipſius actionis, non per accidens, & ex officio iudicis, vt cum Bart. plerique tradiderunt.

7 Secundò, vt huius ſim opinionis, faciunt multa, quæ circa hanc actionem conſtituta fuerunt, quæ a natura actionis realis abhorrent, & cum perſonalis actionis natura plurimum concordant.

In primis occurrit, quòd licet actionis realis natura poſtulet, vt in ea potiſſimum inſpiciatur, an res petitoris ſit, teſte Iuſtiniano *in d.§.omnium, Inſtit.de act.* Attamen in petitione hæreditatis hæc conſideratio negligitur, ſi hæredis magis interſit, hoc non attendi, vide textum *in l.item veniunt, in princ.verſ.& puto hæc venire, & verſ.item, de petit. hæred. & in §.cæterum, verſic. vt ſit in arbitrio poſſeſſoris.*

8 Secundò maximè abhorret a natura actionis realis, quòd in petitione hæreditatis venit lucrum extrinſecus quæſitum occaſione hæreditatis *l.ſi & rem, in fin.de petit.hæred.* in illis verbis. *Oportet igitur poſſeſſorem rem reſtituere, & quod ex conuentione eius rei lucratus eſt;* idem habetur *in l.euictu, in l.quod ſi in diem, verſ.ſed & is, & in l.ſi poſſeſſor, eod.titulo.*

9 Tertiò plurimum recedit a natura actionis realis, quia hæreditate apud aliquem exiſtente, qui conueniri poteſt ab hærede, is petitione hæreditatis conueniatur, qui ſine dolo deſijt poſſidere, ea ſola de cauſa, vt hæres conſequatur interdictum, quod ei competit aduerſus eum, qui res hæreditarias poſſidet. vide text. *in l.quod ſi in diem, §.Iulianus, & in l.at vbi, ff.de petit.hæred.*

10 Quartò, & poſtremò in actione reali oportet actorem docere rem ad ſe pertinere, etiam ſi enim oſtenderit rem poſſeſſoris non eſſe, non obtinebit, niſi, ſe ius in ea re habere oſtenderit, *§.retinendæ, Inſtit.de interdict.* & tamen is, qui petitione hæreditatis condemnatur, cogitur reſtituere res, quas in hæreditate fuiſſe hæres oſtenderit, etiam ſi pro ipſis retentio, non actio concederetur, *l.& non tantum, §.veniunt, de petit.hæred.* cuius verba hæc ſunt, *Veniunt & hæ res, in quibus poſſeſſor retentionem habet, non etiam petitionem.*

11 Poſtremò, vt huius ſim ſententiæ, mouet me text. *in l.hæreditatis petitionem 7.C.de petit.hæred.* cuius ſenſum genuinum, vt intelligamus, admonendum lectorem eſſe cenſui, hoc eſſe reſcriptum quoddam redditum mulieri, vt inſcriptio indicat. Itaque cauere debemus, ne ſic illud interpretemur, vt appareat, qđ auctores ipſius, du reſpondent mulieri, quæ iuris diſpoſitionem circa præſcriptionem petitionis hæreditatis ſcire cupiebat, ita reſponderint, vt reſponſio interprete indigeat; alias admonui, nuncque (repeto) reſcripta, quia imperitis plerumque reddebantur vſitatis modis loquendi non abſtruſis, & difficilibus ſcribi conſueuiſſe; abſonum enim fuiſſet reſcriptum, quod ad iuris interpretationem factum fuit, interprete indigere, ideoq; in illis exponendis nunquam abſtruſos, & ſingulares verborum ſenſus quærere debemus, ſed planos, & vſitatos.

12 His præfatis facilem, & perſpicuam huius textus explicationem proponamus. *Hæreditatis petitionem*, ſic incipit text. *quæ aduerſus pro hærede, vel pro poſſeſſore poſſidētes exerceri poteſt, præſcriptione longi temporis non ſubmoueri, nemini incognitum eſt.*

His verbis proponitur aſſertio, velut explorata, actionem petitionis hęreditatis longi temporis præſcriptione non excludi, cuius rei, vt rationem redderent Imperatores huius reſcripti auctores, inquiunt. *Cum mixtæ perſonalis actionis ratio nos reſpondere compellat.* Vt vim huius rationis percipere poſſimus, ſcire oportet, actionem merè realem ſpatio decem annorum præſcribi, vt colligitur *ex l.2.C.in quib.caſib.ceſſ.long.temp.præſcr.* quæ eſt eorundē Imperatorum; idem ex fine legis, quā explicamus, clarè probatur, vt mox exponam.

Vt

13 Vt ergo auctores huius legis redderent rationem, cur petitio hæreditatis longo tempore non præscriberetur, dicta verba scripserunt, *cum mixta*, idest admixtę *personalis actionis ratio*, idest vis, seu potestas, seu natura, *hoc nos respondere compellat*. Licet enim petitio hæreditatis sit actio in rē, habet tamen vim persequendi ea, quę sola actione personali condicuntur, vt suprà exposui, & ideò rectissimè dicitur, ei admixtam esse potestatem personalis actionis, cum vim eius, & efficaciam participet; & ideò ad instar actionum personaliū præscribi debet, non realium, quæ in hac parte minus iuris habent; magis enim potens trahit ad se minus potens. vide *textum in l. 3. C. quibus non obijc. lōg. temp. præscripti. l. 3. in princ. C. de praescript. trig. vel quadr. annor*. Nec videatur durum exponi illa verba, *ratio personalis actionis*, idest vis, & potestas, seu natura personalis actionis, quia id nō est nouum; hoc enim sensu legimus *possessionis duplicem esse rationem, aliam, quæ iure consistit, aliam, quæ corpore, l. nemo ambigit* 10. *C. de acq. possess. & in l. fin. C. si reus vel accusat*. eodem sensu dicitur *examinari ratio appellationis*, idest vis, seu potestas appellationis interpositæ, *& in l. fin. C. de fideicomm. vers. sed siue quinque*, dicitur, *vt æquitatis ratio in omnibus communiter procedat*, idest vis, ac potestas æquitatis in omnibus habeat locum, eodem sensu accipi videtur ratio culpæ *in l. 6. C. arbitr. tutel. vers. cæteris*; in eundem sensum dicitur *in l. 2. C. ad leg. Falcid. Falcidiæ rationem aduersus oēs se extēdere*. Qui loci cum, dempta *l. fin. C. de fideic*. rescripta sint, satis ostēdunt hunc significatum sine vllo incōmodo in rescripto, de quo agimus, recipi posse.

14 Ratio ergo reddita in hoc textu est hæc; petitio hæreditatis participat vim, & potestatem actionis personalis, quæ non præscribitur longo tempore, ideoque efficit, vt petitio hęreditatis dicto tempore non præscribatur, quæ ratio optima est, quia magis potens ad se trahit minus potens: & licet in personalibus actionibus præscribendis minus temporis satis sit interdum, id tamen est ex constitutionibus, & ideò hoc casu, in quo nulla est constitutio, nos cogit vis actionis personalis ad ita respondendum, Imperatores enim in hoc rescripto, non quid legislator posit, explicāt, sed quid secundum iuris rationem sit respondendum exponunt, vt in rescriptis fit, *vt in tit. C. si cont. ius, vel vtil. publ.*

15 Comprobatur hæc explicatio ex verbis subsequentibus textus quæ sic se habent. *A cæteris autem spetialibus in rem actionibus vendicari posse manifestum est, si non agentis intentio per vsucapionem, vel longum tempus expleta sit*.

Prima illa verba, *A cæteris autem spetialibus in rem actionibus*, clarè ostendunt, hunc versiculum poni aduersatiuè ad præcedentem versiculum, & spetiales in rem actiones in eo contra distinguia petitione hęreditatis, quod illi admixta sit vis personalis actionis, his verò nequaquam aliàs contra distinctè non ponerentur a petitione hæreditatis, in qua in proposito non alia de causa ius diuersum constituitur, quam quia admixta est ei personalis actionis vis, ac potestas.

16 Nec dicatur in proposito differentiam oriri, non ex prædicta ratione, sed ex eo, quod spetiales in rem actiones ad persequendas res particulares inuentæ fuerunt; petitio verò hæreditatis ad vniuersitatem rerum persequendam fuit constituta, quo respectu hæ actiones inter se distinguuntur *l. 1. ff. de rei vendicat.*

Quia admisso, hanc esse rationem cur hæc distinctio fiat, eandem tamen contēdo esse cum ea, quam exposui, cum enim persequi omnia, quę pertinent ad vniuersitatem, non possimus per actionem merè realem, vt exposui, consequens est, necessarium esse actioni, quæ ad vniuersitatem persequendam datur, tribuere vim personalis actionis, vt per eam illa consequamur, quæ per actionē merè realem adipisci non possumus; quia tamen hæc ratio paulò obscurior erat, voluerunt auctores huius rescripti apertius loqui, & ideò dixerūt, *quia ratio mixta personalis actionis, hoc nos respondere compellit*; & per consequens, cum in hac parte actiones spetiales in rem contra distinguantur a petitione hęreditatis, quia ei admixta est vis personalis actionis, concludendum est, actiones illas merè in rem esse, hanc verò non esse actionem merè realem.

17 Veniamus modo ad argumenta quæ in contrarium afferuntur, quorum præcipuum est desumptum *ex l. sed etsi lege, §. petitio, ff. de petit. hæredit.* cuius verba hæc sunt.

Petitio hæreditatis, etsi in rem actio sit, tamen præstationes quasdam personales habet, vt puta eorum, quæ a debitoribus exacta sunt, item pretiorum.

Agit hoc loco Iurisconsultus ex professò, an petitio hæreditatis sit actio in rem, & mouebat difficultatem, quòd habet præstationes personales, hoc tamen non obstante, ait eam esse in rem, ergo cum Iurisconsultus præstationes non considerauerit, nec nos eas attendere debemus.

Respondeo petitionem hęreditatis semper dari contra possessorem, vel hæreditariarum rerum, vel iuris hæreditatis, *l. licet l. regulariter, l. etiā si, §. fin. ff. de petit. hęred.* & hac de causa dicitur actio in rem, quia munus actionis realis est conuenire possessores, non personalis, *§. omnium, Instit. de actio.* quia tamen non omnes isti possessores considerantur eo modo, quo in alijs actionibus realibus solent considerari, dicimus eam non esse merè in rem, sed habere mixtam vim, & potestatem personalis actionis, & hoc est, qđ insinuat Vlpianus, dum ait, *petitio hęreditatis, licet in rem actio sit, præstationes tamen quasdam personales habet*. Cum .n. hæ veniant ex natura actionis, consequens est, vt efficiant, ne ipsa merè in rem sit, & hac responsione euitantur loci in quibus dicitur hæreditatis petitionem in rem esse.

18 Secundū argumētum deducitur *ex l. licet minimā, ff. de pet. hęred.* dum docet, eū, qui petitione hæreditatis agit, petere se declarari hæredem, vel ex asse, vel ex parte; cum enim hæc declaratio non pertineat ad naturam actionis personalis, sed realis, in qua petitor declaratur dominus rei petitæ, *d. §. omnium, Inst. de act.* consequens est, petitionem hanc merè in rem esse. Respondeo argumentum probare hāc actionem in rem esse, quod vltrò admittimus, sed non probat eam merè in rem esse,

quod eſt id, quod nos inficiamur, contendimus enim hanc actionem in rem quidem eſſe, ſed habere vim actionis perſonalis.

19 Tertium argumentum, eſt huiuſmodi petitio hæreditatis oritur ex dominio, quod quis habet in hæreditate *l. licet minimam, de petit. hæred.* ergo in ſubſtantia merè realis actio eſt, cum actio perſonalis oriatur ex contractu, vel quaſi, ex delicto, vel quaſi *d. §. omnium*.

Reſpondeo, fundamentum huius actionis eſſe, dominium hæreditatis, & per conſequens neceſſe eſt, eam eſſe actionem in rem, ſed non ſequitur, ergo ei non fuit admixta vis, & poteſtas actionis perſonalis, quod eſt id quod nos contendimus; fatemur enim, eam actionem in rem eſſe, non tamen merè realem actionem eam eſſe admittimus.

Cætera, quæ in contrarium afferuntur, vel ex his ſublata ſunt, vel nihil vrgent.

Quæ cautio ſit præſtanda ab eo cui fuit relictus vſusfructus rerum, quę longo tempore valent durare, & ab eo, cui fuit relictus vſusfructus rerum, quę vſu conſumuntur, ad l. fin. ff. vſuſruct. quemadm. caueat. & ad l. ſi tibi, ff. de vſuſruct. earum rerum. *Cap. XLVIII.*

1 EX rebus mobilibus, quibus vtimur, quædam ſunt, quæ longo tempore durant, harumque rerum ſi vſusfructus relictus fuerit, dubitatur, an ea cautio ſit præſtanda, quæ ab ijs præſtatur quibus vſusfructus rerum, quæ vſu conſumuntur fuit relictus. Tractant hanc quæſtionem DD. *in §. conſtituitur, Inſtit. de vſufructu, in c. final. de pignor.* Socin. *conſ. 5. & 9. lib. 4.* Iaſ. *conſil. 40. lib. 1.* Vaſq. *de ſucceſſ. creat. lib. 1. §. 7. nu. 31.* Andreas Gail. *pract. obſeru. lib. 2. c. 46.* vbi Greſſerus Pinellus *in l. 1. C. de bon. matern. ad finem 2. partis.* Paſiſ. *conſ. 96. lib. 2.* Achill. Pedrocc. *conſil. 7. lib. 1.* Surd. *deciſ. 67.* Io. del Caſtill. *de vſufructu, c. 17. a nu. 24. ad finem*.

2 Qui putant in his rebus habere locum cautionē quæ præſtatur in rebus, quæ vſu conſumuntur, vtuntur auctoritate *l. ſi tibi 7. ff. de vſufruct. ear. rer.* cum enim I. C. dixiſſet eum, cui fuit relictus vſusfructus vini, olei, aut frumenti cauere debere de æſtimatione reſtituenda, vel re eiuſdem qualitatis, & quantitatis, inquit. *Idem de cęteris rebus, quę vſu conteruntur intelligimus*, hæc enim verba apertè videntur continere eas res, de quibus tractamus, cum & ipſe vſu conterantur.

3 Vlpianus quoque *in l. 1. ff. de vſufr. ear. rer.* cum dixiſſet Senatum decreuiſſe, vt omnium rerum noſtrarum vſusfructum relinquere poſſimus, inquit, *Quo S. C. inductum videtur, vt earum rerum, quę vſu tolluntur, vel minuuntur poſſit vſusfructus legari*, cum enim I. C. coniungat ea quæ vſus minuit, cum illis quæ per vſum abſumuntur, non videtur inter ipſa, quò ad rem noſtram conſtituenda differentia, & ideò quod de illis dicimus, de his quoque affirmandum erit, hocque videntur ſignificare compilatores, qui titulum inſcripſerūt *de vſufructu earum rerum, quę vſu conſumuntur, vel minuuntur*.

4 Inquit præterea Io. del Caſtillo *num. 30.* quia alias reſtitutio rei plenè non fieret vſufructuario, res enim vſu, & vetuſtate vileſcunt, & deteriores fiunt, quod non videtur æquitati conuenire.

5 In contrarium verò vrget text. *in l. final. ff. vſufruct. quemadm. caueatur.* dum inquit, *Si vaſorum vſusfructus relictus ſit, non erit cautio S. C. neceſſaria, ſed illa ſolu arbitratu boni viri vſurum, fruiturū, ſi igitur tradita ſunt fruendi cauſa, nemo dubitat non fieri eius, qui accepit, non enim ideò traduntur, vt dominium recedat ab eo, qui tradit, ſed vt vtatur, & fruatur legatarius.*

Ex hoc textu apertè intelligitur vſufructuarium vaſorum eam cautionem præſtare, quæ datur a fructuario rerum immobilium, & tamen conſtat vaſa, quæcunque illa ſint per vſum diminui.

6 Eandem ſententiam confirmat *l. ſi vſusfructus, 9. §. ſi veſtis, ff. vſufruct. quemadm. caueat.* dum ait, *Si veſtis vſusfructus legatus ſit ſcripſit Pomponius, quamque hæres ſtipulatus ſit finito vſufructu veſtem reddi, attamen non obligari promiſſorem, ſi eam dolo malo attritam reddiderit.* Cum enim fructuarius rerum, quæ vſu conſumuntur, caueat rem reſtituturum eſſe, finito vſufructu, eiuſdem qualitatis res, aut earum æſtimationem *l. 7. ff. de vſufruct. ear. rer.* euidens eſt fructuarium huiuſmodi veſtis non hāc, ſed eandem cautionem præſtitiſſe, quæ a fructuario rerum immobilium datur, ſi enim res immobilis ſine culpa fructuarij deterior fiat, proprietarij damno cedit.

7 His reſpondet id, quod habetur *in l. ſed & ſi quid 19. §. & generaliter, ff. de vſufruct.* dum inquit, *Et ſi veſtimentorum vſusfructus legatus ſit, non ſicut quantitatis vſusfructus legetur, dicendum eſt, eum vti debere, ne abutatur, nec tamē locaturum, quia vir bonus ita non vteretur. Proinde et ſi ſcenicæ veſtis vſusfructus legetur, vel aulei, aut alterius apparatus alibi quam in ſcena non vtetur. Sed an, & locare poſſit videndum eſt, & puto locaturum, & licet teſtator commodare, non locare fuerit ſolitus, tamen ipſum fructuarium locaturum, tam ſcenicam, quam funebrem veſtem*, ſi data ea cautione, quæ præſtatur in rebus quæ vſu abſumuntur, fructuarius plenum nanciſcitur dominium, *l. ſi tibi, ff. de vſufruct. ear. rer. §. conſtituitur, Inſtit. de vſufruct.* non eſt dubitādum a fructuario, de quibus text. agit, non exigi, quia aliàs inſulſa eſſet I. C. tractatio.

8 Vt veram huius dubitationis explicationem proponere valeam ad memoriam reuoco S. C. per quod factum fuit, vt in rebus, quæ vſu abſumuntur introducatur quaſi vſusfructus ad ampliandū ius vetus fuiſſe introductum *l. 1. & 2. ff. de vſufruc. ear. rer. §. cōſtituitur, Inſt. de vſufr.* & ideò per ipſum factum non fuit, vt in ijs rebus, in quibus ſecundū ius vetus, vſusfructus conſiſtere poteſt, quaſi vſusfructus deindè conſtitueretur, ſed per ipſum factū fuit, vt quæ res vſusfructus incapaces erant, per cautionem, vſumfructum continere poſſent.

Non aliundè ergo deciſio noſtræ dubitationis petenda eſt, quam ex natura vſusfructus, ſi enim res, de quibus agimus vſusfructus ſuaptè natura capaces ſunt, eandem capacitatem hodie etiam retinent, & proindè ſi in ipſis verus vſusfructus conſiſtere poteſt, non eſt ad S. C. recurrendum, quod de quaſi vſufructu ſolum tractat.

9 Cum autem in eo conſiſtat ſubſtantia vſusfructus,

ctus, vt tribuat ius vtendi, & fruendi salua rei substantia *l.1.ff.de vsufruct.& Instit.eod.tit.in princip.* fieri non potest, vt earum rerum quę vsu absumũtur vsusfructus detur, fieretque contra mentem testatoris, qui voluit ad proprietarium quandoquidem redire. Hocque est illud, quod insinuatur *Inst.in d. §.constituitur*, dum ait, nec naturalem, nec ciuilem rationem pati, vt in his vsusfructus consistat, naturalis enim ratio non patitur, vt salua rei substantia, vtamur re, quæ per vsum absumitur. Iusque ciuile non patitur plus tribui legatario, quam testator voluerit.

10 Itaque dubitationis nostræ decisio pendet, an harum rerum vsus detur salua rei substantia, quod cum pendeat ex modo vtendi, & ex tempore, quo fructuarius rebus vti debet, non potest alia regula tradi, quàm inspiciendum esse vsum, ad quem res fuit destinata, & ætatem fructuarij, quod si eiusmodi res sit, vt ea secundum dictum modum vti possit salua ipsius substantia, nihil erit impedimẽto quominus vsusfructus propriè in ea consistat, etiam si vtendo eam deteriorem reddat, vt in vasis, & vestibus quibusdam consistere iura alligata apertè probant, nulla enim ratio diuersitatis allegari potest, vsu enim hæc veterascunt, quod etiam accedit in iumẽtis in quibus vsusfructus proprius consistit *§.constituitur in proprium, Inst.de vsufruc.*

11 Ex quo sequitur eas res, quæ alias proprij vsusfructus incapaces sunt, eum valeant continere, quãdo fructuarius erit prouectioris ætatis; si enim vsusfructus suppellectilis, quę 30. annis durare potest, ei relinquatur, quia adolescentiam nõ excedat, vtique vsusfructus proprius constitui non potest, quia secũdum regulas naturales, vsusfructus proprietatem inutilem reddet, quia tandiu durare potest, vt vsus perimat substantias rei, è contra verò, si eiusdem suppellectilis vsusfructus relinquatur ei, qui secundum id, quod sæpè accidit, nõ supererit tandiu, vt vtendo res perimat, nihil impedimento esse poterit, quo minus vsus propriusque vsusfructus sit.

12 Ad ea quæ in contrarium allegata fuerunt, facilè est respondere, nam I. C. *in d.l.si tibi*, tractat de rebus, quæ sub S. C. continentur, quod cum egerit de rebus, quæ secundum ius vetus vsusfructus incapaces sunt, vt ostendi num. 8. non pertinet eius decisio ad res, de quibus agimus, in quibus vsusfructus proprius cõsistere potest: hãcque responsionem validè confirmant ea iura, quę proposui a num. 5. eum sequentibus: nam vasa, vestes, auleos de quibus in illis agitut vsus minuit, & tamen proprij vsusfructus hæc capacia sunt.

13 Ad argumentum Io. del Castillo responsio patet *ex l.8.ff.de vsufructu, cum similibus*, restitutionem rei fieri a fructuario secundum modum, in quo reperitur, si modo arbitrio boni viri re vsus fuerit. *vide l.9.§.si vestis, ff.vsufruct.quemadm.vtat. & fruatur.*

14 Videamus modo de cautione prestanda ab eo, cui fuit relictus vsusfructus rerum, quę vsu consumuntur, quod si agatur de rebus, quæ non recipiunt functionem in genere suo, res explorata videtur debere fructuarium promittere de tanta pecunia restituenda, quanta ęstimata fuerint tempore, quo ei fuerunt traditæ, quia traditione harum rerum non possumus in creditum ire *l.2. §. mutui datio, ff.si certum petat.* atque ita docuerunt Alexan. *consil.58. colum. 2. versic. posito, lib. 3.* Ias. *cons.40. colum.2. volum. 1.* Plot. *in l.si quando, num.604. C.vnde vi.* Maluas. *consil.110. num.9. vers.aut sunt res, lib.2.* quos refert & sequitur Io. del Castill. *de vsufruct.num.20.*

15 Si verò tractetur de rebus, quæ consistunt pondere, numero, mensura, & recipiunt functionem in genere suo, *iuxta d.§. mutui datio*, dubitatur ad quid debeat fructuarius se obligare ad tantũdem restituendum, vel ad rerum existimationem finito vsufructu præstandam, in qua dubitatione, Prima opinio est Friderici Senensis *cons. 46.* Socin. *cons. 9. lib.4.* Bertrand. *cons.36. lib.1.* cautionem præstandam esse de æstimatione reddenda finito vsufructu.

16 Secunda est opinio, cauendum esse de restituendo tantundem finito vsufructu, Castr. *in l.partis, num.2. ff.de præscript.verb.* Corn. *cons.367. lib. 4.* & alij apud Simonem de Pretis, *lib. 4. solut. 5. dubit. 10. num. 79.*

17 Tertia opinio tribuit electionem vsufructuario promittendi tantundem, uel æstimationem Alex. *consil. 120. num. 1. & 2. lib. 6.* & alij, de quibus Arius Pinellus, *C. de bon.matern. part.2. num.fin. vers. in modo autem cauendi.*

Quarta opinio sic distinguit, aut facta fuit rerum æstimatio, aut non fuit, si res æstimatæ fuerunt, de æstimatione restituenda cauere debet, sin minus debet tantundem promittere se finito vsufructu restituturum, ita scribunt post alios Ruin. *consil.206. num.25. lib.2.* Purpur. *cons.452. num.7.* Roland. *consil.42. num.23. lib. 1.* Achilles Pedroccha *consil. 7. num.1. 2. & 3. lib. 1.* & alij de quibus Ioan. del Castillo, qui eandem probat *cap.17. num. 15.*

18 Ego non dubito secundam opinionem esse verissimam, cum enim fructuarius sit debitor rerum, quas accepit non quidem in specie, sed in genere, iuris ratio postulat, vt obligatio de his restituendis fieri debeat, cum aliud pro alio solui, aut peti non possit inuito creditore, aut debitore *l.cum quid, ff.si cert. petat.*

19 Nec huic sententiæ obstat Caius *in l.si tibi 7.ff. de vsufruct. ear.rer.* dum ait, *Si tibi vini, olei, frumenti vsusfructus legatus erit, proprietas ad legatarium debet transferri, & ab eo cautio desideranda est, vt quandoque is mortuus, aut capite minutus sit, eiusdem qualitatis res restituatur, aut æstimatis rebus certæ pecuniæ nomine cauendum est, quod & commodius est.* Nam alius est I. C. sensus quam vulgò existimatur, quod, vt pateat, pręmitto obligationem in spetie nostra oriri ex datione rei, cuius vsusfructus relictus fuit, & ideò alternatiua obligatio esse non potest, cum traditio certarum spetierum non possit introducere obligationem restituendi easdem speties, vel æstimationem.

20 Rem clarius explico, aut huiusmodi speties æstimatæ dantur, aut inæstimatæ; si inęstimatæ dantur euidens est per earum dationem æstimationis obligationem contrahi non posse; si verò

æſtimatæ dantur, aut æſtimatio facta fuit, vt meliùs de quantitate rei conſtet, aut vt per eam emptio, & venditio contrahatur, *iuxta l. 5. C. de iure dot.* & tradita per gloſ. *in l. in rebus, in verbo æſtimata, eod. tit.* ſi primum verum erit, vtique æſtimationis debitor fructuarius conſtitui non poteſt, cù res ſit in obligatione *l. ſi inter virum 21. C. de iur. dot.* ſi verò ſecundum verum erit, ipſius rei debitor eſſe non poteſt, nam æſtimatio huiuſmodi pretij rei debitorem accipientem conſtituit *d. l. 5.*

21 Iuriſconſulti alia itaque mens fuit, &, vt mihi videtur, nihil aliud voluit exprimere, quā id, quod nos docuimus, fructuarium ſcilicet debere de tantundem reſtituendo cauere, ſed quia in æſtimāda re, quæ reſtituitur, contentiones oriri poſſunt, inquit, eſſe commodius rem æſtimare, & cauere de reſtituendo tantundem, quod tamen intelligendū eſt conſentiente proprietario, quia aliud pro alio inuito creditore ſolui non poteſt, quod veluti omnibus perſpicuum omittit, eumque hunc ſenſum habuiſſe, ex eo præterea liquet, quod poſtquam dixit cauendum eſſe tātundem reſtituere, ait, *Aut æſtimatis rebus certæ pecuniæ nomine cauendum eſt,* illa enim verba, æſtimatis rebus, clarè oſtendunt eum mutare terminos, in quibus dixit eſſe cauendum tantundem reſtituere, & proindè non poſſe, eum ſic intelligi, vt obligatio fructuarij alternatiua ſit, tunc enim non rectè noua circunſtantia adderetur, vt ſecūdæ parti alternatiuæ locus fiat.

22 Non inde tamen inferendum eſt æſtimatis rebus omninò licere fructuario de æſtimatione reſtituenda cauere, cum nec I. C. verba, nec iuris ratio aliam admittant, cum enim de vno loquimur, in cæteris ſupponamus terminos habiles, I. C. dum de æſtimatione agit intelligendus eſt de ea æſtimatione, per quam is, qui alias debitor ſpeciei eſſet certæ pecuniæ debitor conſtituitur, *iuxta l. ſi inter virum 21. C. de iur. dot.* & per conſequens intelligendus eſt de ea æſtimatione, quæ vtriuſque partis conſenſu ea intentione facta fuit, vt pro re pretium accipiat, hæc enim ſola ad hūc effectum ſatis eſt *d. l. ſi inter virum.*

23 Noſtræ ſententiæ nec etiam refragatur Iuſtin. dum *in §. conſtituitur, Inſt. de vſufr.* ait, *Itaque ſi pecuniæ vſusfructus legatus ſit, ita datur legatario, vt eius fiat, & legatarius ſatisdet hæredi de tanta pecunia reſtituenda, cæteræ quoque res ita traduntur legatario, vt eius fiant, ſed æſtimatis his ſatisdatur, vt ſi moriatur &c. tanta pecunia reſtituatur quanta hæ fuerint æſtimatæ,* loquitur enim Iuſtin. cū res æſtimatæ fuerunt, & ſic cum ex conſenſu partium res ea intentione æſtimatæ fuerunt, vt pro re æſtimatio reddatur, ſi enim ea intentione partes res æſtimari curarunt, vt melius de qualitate rerum conſtaret, abſurdum eſſet, eam efficere vt fructuarius, qui tantundem debitor eſt, pretij debitor efficiatur. Et ex his ea, quæ pro opinionibus ſupra relatis afferuntur facili negotio diſſoluuntur.

Cautio quæ ab vſufructuario præſtatur, an ad ſubſtantiam vſusfructus pertineat, an remitti per teſtatorem poſſit, an fructuarius faciat fructus ſuos antequam eam præſtiterit, ſi rem ſine vitio poſſideat, an ſit præſtanda a donatore, qui ſibi vſumfructum reſeruauit, & de vi & poteſtate præcepti teſtatoris, vt hæres pro vſufructuario fideiubeat. Cap. XLIX.

1 Cum quæritur, an ad ſubſtantiam vſusfructus pertineat cautio, quæ ab vſufructuario præſtatur, DD. diſtinguere ſolent inter vſumfructum proprium, & improprium: ad ſubſtantiam vſusfructus proprij eam non pertinere frequentiſſimis docent ſuffragijs, ſecus tamen eſſe contendunt in vſufructu improprio, conſule DD. *in l. 1. C. de vſufruct. in Inſtit. eod. titulo, in princip.* Surd. *deciſ. 110. num. 16.* Pinell. *ad l. 1. C. de bonis mater. par. 2. num. 77. & 78.* Ioan. del Caſtill. *de vſufruct. c. 16. à num. 7. & à num. 22.*

2 Vſusfructus proprij ſubſtantiam non tangere cautionem huiuſmodi exploratum eſt, cum ad eum conſtituendum, vel ad vtendum, & fruendum non ſit ſuaptè natura neceſſaria, & ideò opus fuit, vt nominatim iuberet Prætor eam ab vſufructuario præſtari *l. 1. ff. de vſufruct. quemadm. caueatur.*

3 Ad eandem ſententiam firmandam pertinet, *l. fin. §. ſin autem, C. de bonis quæ liber. l. 1. §. ſi ad fiſcum, vt legat. & fideicom. nomin. l. ſi vſusfruc. 9. §. planè, ff. de vſufruct. caueatur.* his enim in locis diſertè habetur, non ſemper eam ab vſufructuario præſtari, quod euidenter oſtendit, eam ad ſubſtantiam vſusfructus non pertinere, quæ enim ſubſtantiam tangunt ab ipſa re nunquam ſeparantur, cum intrinſeca ſint, & inſeparabilia.

4 De vſufructu autem improprio non eſt ita facile deliberare pro recepta ſententia, vrget id quod habetur *in l. 1. & 2. ff. de vſufruct. ear. rer. & in §. conſtituitur, Inſtit. de vſufruct.* res ſcilicet, in quibus locis dicitur res huiuſmodi ſuaptè natura non admittere vſumfructum, ampliſſimum tamē ordinem per cautionem effeciſſe, vt etiam in his rebus vſusfructus conſiſteret.

5 Aliud tamen ſentio, quia id, quod per cautionē conſequimur, per promiſſionem vſufructuarij commodiſſimè aſſequimur, vt ſcilicet ſalua ſit proprietas. Rem clarius explico. Dum Senatus conſtituit, vt data cautione res vſufructuario traderetur, nō introduxit in his rebus vſumfructum, quia cum plenum nanciſcatur earum dominium, nec ſimilitudinem quidem vſusfructuarij habet *l. vti ſini, ff. quemadm. vſufr. vtat. & fruat.* ſed efficit, vt illud commodum, quod voluit teſtator fructuariū habere, remedio cautionis haberet, ſcilicet vt eouſque re frueretur, quouſque vſusfructus verus durare ſolet, quod eſt illud, quod ſignificat I. C. *in d. l. 5. ff. de vſufr. ear. rer.* dum ait.

Quo S. C. non id effectum eſt, vt pecuniæ vſusfructus propriè eſſet (neque enim naturalis ratio auctoritate S. C. mutari potuit) ſed remedio introducto cœpit quaſi vſusfructus haberi, ſimilia ſcribit Iuſt. *in §. conſtituitur, in fin. Inſtit. de vſufruc.*

Ad argumentum ex aduersò propoſitū reſpondeo, potuiſſe Senatum conſtituere, vt loco cautionis ſatis eſſet promiſſio fructuarij nuda, vel cū pignorib. hodieque id noua lege fieri poſſe, & ideò non rectè aduerſarij ratiocinantur, dum aiunt, nō poteſt vſusfructus, de quo agimus, conſtitui aliter,

quam

quam per cautionem, erit itaque de fubstãtia eius huiufmodi cautio, nam hoc fieri nõ poffe, non venit ex natura rei, fed ex Senatus decreto, cuius ratio non habetur cum de fubftantia rei agitur, naturam enim eius nequit immutare.

Hanc autem opinionem, poft quofdam, tuẽtur Pinellus *loco mox laudato nu. 28. verf. fed ego*, Vafq. *de fucceff. creat. lib. 1. §. 7. n. 25. verf. qua ratione*. Io. del Caftill. *d. c. 16. a num. 26.*

6 Explicemus nunc, an cautionem huiufmodi remittere poffit teftator, & id ei non licere conftat *l. 1. C. de vfufruc. l. penult. C. vt in poffeffione leg. nom. l. fi pecunia, in princ. ff. eod tit.* magna tamen cõcertatio eft circa rationẽ, ob quam id fuerit receptũ, variè enim hæc res a noftris explicatur, vt conftat ex DD. *ad d. l. 1. C. de vfufr. & ad l. nemo poteft, de leg. 1.* ex Pinell. *loco mox laudato nu. 75.* Io. del Caftil. *d. c. 15. a nu. 23.* cumque cæteræ rationes maximas patiantur difficultates, ego illis affentior, qui eã deducũt ex regula, *l. nemo poteft, ff. de leg. 1.*

7 neminem fcilicet efficere poffe, ne leges in fuo teftamento locum habeant, quod etiam placet Cuiac. *lib. 17. quæft. Papinian. ad l. tribus hæredibus, ff. de vfufr. ear. rer. col. 2.* eam enim pertinere ad ea, quæ iure publico in fauorem hæredum conftituta fuerunt, difertè probat *l. 6. ff. de adminiftr. tut.* dum reddès rationem, cur pater nequeat tutori remittere redditionẽ rationis, ait, id accidere, quia iure publico introductum fuit, vt tutor rõnem reddat.

Subdit tamẽ textus, licere patri legare, vel per fideicommiffum relinquere quicquid, hoc mini-

8 mè tutor damnatus fuerit, ex quo intelligimus nõ confiftere id, quod fcribunt Io. Annibal. *in d. l. nemo poteft*, & Pinellus quos fequitur Io. del Caftill. *nu. 5.* non licere fcilicet teftatori, iubere proprietario, vt fideiuflorem non idoneum accipiat, quod etiam fcribit Surd. *decif. 109. nu. 6.* Vafq. *d. §. 7. nu. 31.* quia cum non offendatur ius publicum, nihil vetat teftatori, adimere proprietario commodũ fideiuffionis, ad inftar patris auferentis filio commodum redditionis rationis.

9 Huc fpectat *l. tribus hæredibus, ff. de vfufr. earum rer.* dum apertè docet, licere teftatori, grauare hæredes, quibus proprietatem relinquit, fideiubere pro vfufructuario, hoc enim cafu non licebit aduerfus fructuarium, aut hæredes eius agere, fi quid damni ex fideiuffione fenferint, vt in eodem textu difertè habetur, hinc enim manifeftè apparet poffe teftatorem cõmodum, quod ex fideiuffione proprietarius confequitur, auferre, ipfam tamen fideiuffionem remittere non poffe.

10 Huiufque rei ratio euidès eft, quia fi liceret teftatori, onus fideiubendi cõdonare, maieftas iuris publici læderetur, neque enim docet, eam per priuatos remitti, quæ ius publicum iubet fieri, cum autem in edicto prætoris nihil proponatur circa qualitatem fideiufforis, & circa facultatem agẽdi cõtra vfun. fructuarium, fi eius culpa in damnum inciderit, res remanet in difpofitione iuris communis, quo permittitur teftatori, difponere de rebus fuorum hæredum ęquè ac de fuis *§. non folum, Inftit. de legat.* & alibi.

11 At dices, intentio prætoris fuit indemnitati proprietarij confulere, ergo contra eius mentem fit, quoties commodum fideiuffionis ei aufertur. Refpondeo, proprietarium folum cautũ effe de fideiuffione, & ideò ei fatisfit, cum fideiuffio præftatur ficut accidit in ea fideiuffione, quam Senatus exigit in vfufructu earum rerum, quæ vfu confumuntur, audi Papin. *in d. l. tribus hæredibus*.

Tribus hæredibus inftitutis vfumfructũ is milliũ Titio legauit, & duos ex hæredibus iuffit, pro legatario fatisdare. Placebat, effe vtile cautionis, quoque legatum, nec refragari S. C. quia cautio nõ impediretur.

Ideò autem hęc interpretatio admittitur, quoniam volũtatis defuncti fumma femper ratio habetur, & ideò cum de ea adiuuanda agitur, habenas laxamus, quatenus fine iuris publici offenfione licet, quod vtique in re noftra accidit, cum nominatim de eo, de quo agimus, prætor non edixerit, atque ita cenfuerunt Bald. Sal. Bart. Aret. Caffan. quos refert Surd. *decif. 105. ante num. 2.* Card. Mantica *de coniecturis lib. 5. tit. 8. nu. 71.*

12 Quibus non refragatur, quod fcribit Iuft. *in §. conftituitur, Inftit. de vfufr.* proprietario nempè cauendum effe vtiliter, quia vt idem Iuft. illico declarat, id intelligitur datis fideiufforibus, quod ẽt animaduertit Cuiac. *in l. 8. de prætor. ftipul. col. 3.* Antonius Eringius *de fideiuff. c. 5. nu 198. & 199.* quæ expofitio manifeftè probatur *ex d. l. tribus hæredibus*, fi enim licet proprietarios grauare, vt fibi adinuicem fideiubeant, vtique licet teftatori cõmodo fideiuffionis priuare proprietarium, cum eo cafu non valentibus ipfis aduerfus vfufructuarium agere fibi adinuicem compenfent, quod fibi adinuicem debent.

13 Cum verò nõ fit maior poteftas eorum, qui inter viuos difponunt, quam fit eius, qui teftamentũ condit, cum fcriptum fit iuri publico priuatorum pactis non poffe derogari, *l. ius publicum, ff. de pactis, l. fi diligenti, de iureiur.* & edictum prætoris ad vfumfructum inter viuos conftitutum pertineat *l. 1. ff. de vfufr. quemad. caueat. l... C. de vfufruc.* non poteft defendi opinio Bar. *in l. 1. nu. 13. C. de vfufr.* dum fcripfit, eum, qui inter viuos vfumfructum conftituit, cautionem remittere poffe, quod plerifque alijs etiam placet Pinello *in allegata l. 1. p. 2. nu. 75. verf. ab illa tamen, C. de bon. mater.* Vafq. *d. §. 7. num. 3.* Io. del Caftill. *d. c. 15. nu. 1.* & ita etiam fentit Io. Annibal. *in d. l. nemo poteft, n. 169.*

14 Multoque minus vera erit traditio Alciati, quã fequitur Caftill. *loco mox laudato*, dum docet, teftatorem, qui vfumfructum relinquit, cautionem validè remittere, eum vfufructuario præfenti promittit, eum nõ petere, cum enim pactiones aduerfus publicum præftitæ nihil planè valeant, *l. non dubium, C. de legibus, l. ius gentium, §. prætor ait, ff. de pactis*, huiufmodi promiffio non poteft efficere, ne fideiuffio fit neceffaria.

15 Supereft, vt de fructibus ante cautionem perceptis ab vfufructuario differamus; cum fine vitio rem tenet, qua de re luculenter agunt poft alios Arius Pinel. *in d. l. 1. C. de bonis mater. par. 2. an. 77.* Andreas Gail. *lib. 2. obfer.* vbi Greuerus *in annotationibus*, Hieronymus Ceuallos *quæft. 408.* Io. del Caftillo *de vfufruct. cap. 16.* ex quibus varias noftrorum traditiones colligere licet, ego fententiam meam breuiter indicabo.

Ca-

16 Cauendum eſt in primis, ne confundamus terminos *§. ſi quis a non domino, Inſtit. de rer. diuiſ.* cum quæſtione noſtra, eius enim deciſio habet locum, cum quis putans rem ad ſe iure dominij ſpectare, eã bona fide poſſidet. Nos verò de eo tractamus, qui ſcit, rẽ ad ſe iure vſusfructus ſpectare, & proinde de eo agimus, qui ſcit rem alienam eſſe, de vi ergo tituli, quo rem tenet, agendum eſt, an ante præſtitam cautionẽ ſit ſatis, vt fructus ſuos faciat.

17 Et cũ agitur de eo, cui relictus fuit vſusfructus rerum, quæ vſu conſumuntur, exploratum mihi videtur, non ſufficere, cum enim oporteat, res ita tradi, vt ipſarum dominium nanciſcatur *§. conſtituitur, Inſt. de vſufr.* manifeſtum eſt, antequam hoc fuerit factum, ei nullum ius in rebus eſſe, & proinde non poſſe earum fructus ſibi vindicare.

18 Cum verò tractatur de vſufructu proprio, pro vſufructuario vrget, quod titulus vſusfructus ſuaptè natura ius tribuit percipiendi fructus, & proindè nõ videtur defectus cautionis ei impedimento eſſe, quominus eos conſequatur. Contrarium tamen verius eſt, quia cum ante pręſtitam cautionem fructuarius actionem non habeat *l. ſi vſufructur 16 ff. de vſufr.* apparet, per edictum prætoris adimi facultatem poſtulandi vſumfructũ, multò minus ergo habet ius vtendi, & fruendi.

19 Hoc tamen intelligẽdum eſt, niſi proprietarius remiſerit cautionem, hoc enim licere ei rectiſſimè noſtri communiter docent, quod autem eam remiſerit, non eſt facile exiſtimandum, cum *in l. 7. ff. vſufr. quemad. caueat.* diſertè habeatur, eam non cenſeri condonatam, cum proprietarius rem tradiderit nulla ipſius mentione facta.

20 Nunc agamus de donatore, qui ſibi reſeruauit vſumfructum rei donatæ, an cauere teneatur *ad l. 1. ff. vſufr. ue. quemadm. caueat.*

Edictum, quo iubet prætor, vſumfructuariũ cauere, nõ pertinere ad eum, qui in re donata vſumfructum ſibi reſeruauit, poſt io. de Platea, Soc. Corn. Decius ſcribit *conſ. 265. nu. 5.* Gozad. *conſ. 91. nu. 5. & conſ. 95. num.* 10. quam ſententiam camera Imperialis, & Senatus Pedemontanus probarunt Mynſing. *cent. 5. obſeru.* 36. Oſaſcus *deciſ.* 152. eundem ſequitur Ant. Euring. *de fideiuſſorib. c. 5. num.* 208. necnon Vaſq. *de ſucceſſ. creat. lib. 7. §. 7. ante num. 35.*

21 Fundamentum huius ſententiæ in eo conſiſtit, quia, qui ex liberalitate rem in alium tráſtulit, relaxatur enim rigor iuris, quod aduerſus alios obſeruari ſolet dum de donatore agitur, *l. quò ad res donatas, ff. de edilitio edict. l. vnica, §. qui verò, C. de ratiocin. oper. pub. l. ne liberalitate, ff. de re iud.* hinc enim colligũt cautioni donatori, de quo agimus, remittendam eſſe, quia alioquin pari iure cum cęteris cenſeretur, quod non ſine iniuria fieri videtur, cum hac ratione dubitare nos oſtendamus, ne id, quod liberaliter conceſſit, per iniuriam extorquere velit.

22 Ad eandem ſententiam comprobandam vtuntur auctoritate *l. filio 7. ff. vt legat. & fideicommiſſ. nomine caueatur.* ait ibi I. C. quod ſi in eo teſtamento, in quo Titius fuit inſtitutus ſub conditione, fuerit aliquid relictum eius ſeruo, aut filio, ipſos nõ poſſe vti beneficio Prætoris iubentis legatorum, & fideicommiſſorum nomine hæredi caueri, deinde mouet dubitationem, quod ſi Titius ſeruum manumiſerit, aut filium emancipauerit, poterunt ne eum cogere ad cauendum? huicque dubitationi reſpondet, ſatis ipſis eſſe debere promiſſionẽ hæredis cum obligatione ſuorum bonorũ, ne ipſius beneficium ei onerosum eſſe incipiat.

23 Sub verbis edicti contineri huiuſmodi hęredẽ conſtat ex ijs, quæ habentur *in l. 1. eiuſdem tituli,* & tamen I. C. eum eximit, quia beneficio hæredis factum fuit, vt legatarij ius poſtulandi cautionem haberẽt, ſimiliter ergo & nos ex edicto de cautione fructuarij agente donatorem eximemus, quia eius liberalitate factum eſt, vt ei liceat petere cautionem.

24 Vt intelligamus, an hæc opinio vera ſit, verba legum noſtrarum de hac cautione loquentium diligenter conſideranda ſunt, in primis autem occurrit *l. 4. C. de vſufr.* cuius verba hæc ſunt, *vſufructu conſtituto conſequens eſt, vt boni viri arbitratu præbeatur ab eo, ad quem id commodũ peruenit, quod nullam læſionẽ ex vſu proprietati afferret, hoc intereſt ſiue ex teſtamento, ſiue ex voluntario contractu vſusfructus conſtitutus eſt.*

Secundo loco affert *l. 1. ff. vſufr. quemadm. caueat.* vbi I. C. ſic inquit, *Planè, & ſi mortis cauſa donatione vſusfructus conſtituatur, exemplo legatorum debebit hæc cautio præſtari, ſed & ſi ex alia quacunque cauſa vſusfructus conſtitutus fuerit, idem dicendũ eſt.*

Cum his concordat *l. ſi cuius 15. ff. de vſufr.* dum inquit, *Si cuius rei vſusfructus legatus erit, poteſt dominus in ea re ſatisdationem deſiderare, vt officio iudicis hoc fiat, nam ſicuti debet fructuarius vti, ita & proprietatis dominus ſecurus eſſe debet de proprietate. Hæc autem ad omnem vſumfructum pertinere Iulianus lib. 35. Digeſtorum probat.*

25 Cum vniuerſalis ſermonis ea vis ſit, vt omnes complectatur, non eſt cur dubitemus, vim verborum contra donatorem ſtare, & ideò dubitatio ad id redigitur, an idonea aliqua ratio extet, donatorem ex ſermone vniuerſali eximere, quod non puto, quia vſitatum eſt, donatorem cauere de dolo, ne quod benignè cõtulerit, fraudis conſilio reuocet, vt ait I. C. *in l. ad res donatas 62. ff. de ędil. edict.* cautio enim hæc ea de cauſa potiſſimũ præſtatur, vt proprietatis dominus per dolum fructuarij dãnum non ſentiat *l. ſi cuius 15. ff. de vſufr. l. 1. verſ. cauere, & l. 5. ff. vſufr. quemadm. caueat.*

26 Non obſtant ea, quæ in contrarium allegata fuerunt, nam *l. quo ad res donatas 62. ff. de ędil. edic.* nihil commune habet cum re noſtra, ibi enim ſolum habetur promiſſionem, quã venditor mancipij facere ſolet, & debet, ipſum nõ eſſe morboſum, *iuxta l. 32. eod. tit.* non pertinere ad donatorẽ mancipij, cum enim huiuſmodi edictum factum fuerit, ne emptor decipiatur, *l. 1. verſ. cauſa, eod. tit.* nihili commune habet cum eo, qui liberalitate alterius ſeruus nactus fuit, & hoc eſt illud, quod ſignificat I. C. dum ait, *Etenim quid ſibi reſtituturum donator repromittit, quando nullũ pretiũ interueniat.*

27 Textus autem *in l. vnica, §. qui verò, C. de ratiocin. oper. pub.* continet cõſtitutionem Zenonis Imperatoris, qua vetat, eos, qui opus publicum munificentia ſua ædificare promiſerunt moleſtari, ſi

forſan

forsan promissum eos integrè non adimpleuisse videbitur, qui propterea non est in quæstinne allegádus, quod enim contra rationem iuris introductum fuit, nec ad consequentias quidem trahere licet *l. quod verò, ff. de legibus, l. 1. ff. de const. Princip. §. quod principi, Inst. de iur. natur.* maximè, quia ratio, quæ mouit Imper. ad ita constituēdum, vt scilicet hnmines faciliotes essent ad huiusmodi opera construenda, cū re nostra nibil cōmune babet.

28 Quod spectat *ad l. ne liberalitate, ff. de re iudic.* animaduertere oportet, eius dispositionem cessare, quoties donator dolosè in re versatus fuerit, vt in l. sequenti habetur: & ideò inde non potest colligi, cautionem ei esse remittendam, cum per eam potissimum curet prætor, ne fructuarius dolo malo causam proprietarij deteriorem reddat. Ex huiusmodi autem textu rectè colligitur, quod si absque dolo proprietatem deteriorem reddiderit, nō poterit conueniri, nisi in quantum facere potest.

29 Superest textus *in l. filio, ff. vt legator. & fideicom miss. uomiu.* qui magis vrget, vt autē intelligamus inde ad rem nostram argumentum colligi nō posse ad memoriam reuoco, olim non licuisse testatori, cautionem huiusmodi remittere. Marcum tamen, & Commodum Imperatores concessisse, vt eam testator remittere posset, nullus tamen ex iuris nostri conditoribus hoc concessit in cautione, quæ ab vsufructuario exigitur, hancque differentiam disertis verbis proponit Alex. Imper. *in l. scire, C. vt in poss. legat. nom.* dum inquit.

Scire debetis fideicōmissi, & legati satisdationem remitti posse, D. Marcum, & D. Commodum constituisse, vt autem boni viri arbitratu is, cui vsufructus relictus est, vtatur, & fruatur, minime satisdationem testamento remittere posse.

30 Secundò meminisse oportet, lōgè maius beneficium esse, manumittere seruum, & emancipare filium, quam rem donare reseruato sibi vsufructu, & ideò quod habetur *in d. l. filio,* non est trahēdum ad rem nostram, quia agitur ibi de cautione, quæ facilius remittitur, quam fiat ea, de qua agimus, & quia agitur de eo, qui maius beneficium contulit, quam fecerit donator, de quo tractamus.

31 Expendenda etiam essent verba edicti, *vt fideicom. & legator. nomin. caueat.* cum aliter intelligere non valeamus, an quod circa huiusmodi edictum I.C. respondit ad edictum, de quo agimus, possit trahi, vt interim omittam facultatem, quam veteres I.C. habebāt recedendi a scripto legis sub prætextu æquitatis, nobis fuisse ereptam a Constantino Imperat. *in l. 1. C. de legibus.*

32 Nō omitto autem Osascum *allegata decis. 152. nu. 2. ad finem vers. non obstat, & nu. 3.* asserere cautionem, de qua agimus, non esse indistinctè præstandam, sed arbitratu boni viri, hoc est in illis tātum casibus, in quib. bonus vir arbitrabitur, equū esse, eam præstari, & ita intelligit *l. 4. C. de vsufruc.* hinc inferendo, eam in spetie nostra non esse exigendam, *nam in donante retento vsufructu* (sunt verba ipsius) *nemo suni consilij arbitrabitur, donatorem esse cogendum ad satisdandum ex d. l. ad res donatas, ff. de ædil. edict. cum alijs suprà adductis.*

Respondeo, cautionem, de qua agimus, continere, vt fructuarius arbitrio boni viri vtatur, ac fruatur re, cuius vsumfructum habet *l. 1. in princ. & in vers. cauere, & in vers. vtilius autem, & in ver. habet autem, & in l. 4. l. vsuquoque 11. & l. fin. ff. vsufruct. quemadm. caueat. & in l. penult. C. vt in possess. legat. nom.* nullibi autē habetur, vt hæc cautio exigatur opus esse, vt bonus vir arbitretur ei locum esse, etiam si spetialem titulū de hac cautione habeamus, & ideò quod dicitur *in d. l. 4.* vsufructu constituto consequens esse, vt satisdatio boni viri arbitratu præbeatur, non est eo modo accipiendū, vt facit Osascus, sed intelligēdum est, vt satisdet,
33 se vsurum arbitratu boni viri, neque enim ex verbis subobscuris res tanti momenti potest introduci, & solēt iura, quę lucem desiderant ex alijs, quæ clara sunt declarari.

Quod si cōmunis opinio tibi placuerit, caueas, ne assentiaris Rubeo *cons. 154. nu. 7.* dum contendit, eam pertinere etiam ad vsumfructum rerum, quæ vsu consumuntur, cum enim absque hac cautione vsusfructus in his rebus constitui non possit *l. 2. ff. de vsufr. ear. rer. §. constituitur, Inst. de vsufruc.* longa lataque est differentia inter vsumfructum proprium, de quo agunt auctores receptæ sententiæ, & eum de quo agimus.

34 Idque, vt euidentius appareat, rem exemplo explano. Titius donat nauim, pecuniam, aut aliam rem, quæ vsu consumatur, ita tamen, vt vsumfructum eius habeat quousque vixerit; vt vsusfructus constituatur, vtique necessè est, rem donatario tradi, quia cum res sua nemini seruiat *l. vti frui, ff. vsufruc. quemadm. vtat. & fruat.* oportet, dominiū abdicari a donatore, quo facto, cum vsusfructus hæ res incapaces sint, opus est eo remedio, quod Senatus constituit, quasi vsumfructum constituere, & proindè opus est cautione, cū per eam quasi vsumfructum habeamus in his rebus. *vide l. 1. & 2. ff. de vsufr. ear. rer. §. constituitur, Iustit. de vsufruct.*

35 Et ex his tollitur primum argumentum a Rubeo propositum, etiam si enim admittamus ex ijs locis, quos adfert probari posset, æquum esse, vt in materia cautionis plus donatario, quā cæteris faueamus, nō tamē inde sequitur, id fieri oportere, cum subiecta materia id non patitur, prout in spetie nostra accidit, quia quasi vsusfructus absque
36 cautione introduci non potest, ex quo cognoscimus, euidenter falsum esse id, quod post Alex. *cons. 120. nu. 6. & 7. lib. 6.* eodē loco Rubeus scribit, facilius nempe remitti cautionē in vsufructu improprio, quam in eo qui proprius vsusfructus est.

37 De pręcepto testatoris, qui iussit duobus ex tribus hæredibus, vt pro fructuario fideiuberent, de quo nunc agendum est, extat lex elegantissima ex libris Papiniani *sub tit. ff. de usufruc. ear. rer. l. tribus hæredibus* 8. de qua agere non inutile erit.

Tribus hæredibus institutis vsumfructum quindecim millium Titio legauit, & duos ex hæredibus iussit pro legatario satisdare, placebat vtile esse cautionis quoque legatum. Non nullam fuisse circa validitatem legati cautionis controuersiam, indicat verbum illud placebat, eo enim I.C. vti solent, cū de rebus non exploratis sententiam dicunt, vnde autem dubitandi occasio oriretur indicat his verbis Papinian.

38 *Nec refragari S. C. quia cautio non impeditur*

tur & eſſe alterū legatum veluti certi, alterū incerti. Fraus enim videbatur fieri ampliſſimo ordini, qui per cautionem hiſce in rebus quaſi vſumfructum conſtituit *l.2.ff.de vſufr.ear.rer.§.conſtituitur, Inſt. de vſufruct.* cum ij, ad quos proprietas ſpectat, & quorum gratia fideiuſſio præſtatur, fideiubere coguntur. Huic dubitationi reſpondet I.C. duo in hac diſpoſitione eſſe legata, alterum vſumfructū continere, alterum verò onus cautionis iniungere hęredibus, ideoque fraudem non fieri S.C. cum fi-
39 deiuſſio non impediatur. Cum autem nemo non videat, fideiuſſionem hac ratione non adimi, ratio dubitandi in eo non videtur conſiſtere, quod directè impediretur cautio, ſed in eo quod indirectè id fiat, cum enim ipſimet proprietarij fideiubeāt, commodum fideiuſſionis proprietario adimitur, & tamen I.C. ne verbum quidem de hac re dicit.

Reſpōdeo, ampliſſimum ordinem iuſſiſſe, quidem cautionem præſtari, ſed non prohibuiſſe teſtatori commodum fideiuſſionis proprietario auferri, & ideò ſatis eſſe exiſtimauit I.C. ſi fideiuſſio præſtaretur ad exemplum patris relinquentis tutorem filio ſuo, licet enim ei vetitum ſit remittere redditionem rationis, ei tamen permittitur relinquere tutori quicquid iudicio tutelæ fuerit damnatus *l.6.ff.de adminiſtr.tutor.*

40 Nec fit propterea contra mentem ampliſſimi ordinis, is enim per cautionem voluntatē teſtatoris adiuuare voluit, non infringere, & ideò in illis, quæ nominatim non expreſſit, non eſt exiſtimandum ei voluiſſe derogare.

41 Cum verò ad fauorem proprietarij præſtanda ſit fideiuſſio, ſi vnus eſt hæres, idemque proprietarius, non erit locus huic textui, quia cum tunc fideiuſſio non teneat *l. Vranius, ff. de fideiuſſ.* hac ratione impediretur fideiuſſio, idque etiam admonet Surd.*decif.109.num.5.* pergit deinde I. C.

42 *Vſusfructus itaque nomine, partem pecuniæ petendam ab eo, qui ſatis accepit a coharede incertique cū eo agendum ſi ſatis non dediſſet.*

Duplex legatum eſt, alterum vſusfructus, alterum cautionis, & ex vtroque oritur actio ad fauorem legatarij, cum autem ampliſſimus ordo ita demum pro legato agi permittat, ſi cautio præſtita fuerit, propterea hoc nomine legatario ita demum agere permittitur, ſi is, aduerſus quem agit, ſatis acceperit. Ex altero verò legato incerti actio oritur aduerſus hæredem ad cogendum eum, vt
43 cohęredi pro legatario ſatiſdet, indicat autem his verbis I.C. legatarium per certi conditionem partem pecuniæ, de qua agitur, peti, quod aduerſari videtur *l. vbi autem 75.§.1. de verb.oblig.* vbi dicitur, vſumfructum actione incerti peti. Sed reſponſio patet ex Accurſio, ibi diſtinguendum eſſe inter res, quarum vſusfructus legatus fuit, ſi enim in ſpetie, quæ vſu non conſumitur, vſusfructus conſiſtat, veluti in fundo, incerti conditio competit. Si verò in quantitate, aut alia re, quæ vſu cōſumatur, conſtiterit, certi conditio dabitur differentiæ ratio in eo conſiſtit, quod relicto vſufructu rerum, quæ vſu abſumuntur, dominium relictum cenſetur, cum præſtita cautione ita res legatario tradatur, vt pleno iure eius fiat *l.1.& 2.ff.de vſufrur.ear. rer.§.conſtituitur, Inſt.de vſufruc.* eandem ſententiam ſequitur Cuiac. *in explicatione huius legis prope finem, in qq. Papiniani,* inquit deinde I. C.

44 *Eum verò, qui ſatis præſtitit, ac propter moram hæredis non ſatis accepit, neque fructus nomine interim teneri, neque actione incerti, quia cohæredi ſatiſdedit.*

Oſtēdit I.C. his verbis, qua ratione fiat, vt vnus ex hæredibus partem pecuniæ legatę penes ſe habeat, & tamen a legatario non poſſit conueniri, ſi ſcilicet a cohærede non ſatis acceperit. Indicat autem I. C. his verbis, quod etiam in verbis antecedentibus fecit, ſe agere de cohæredibus, quibus proprietas relicta fuerat, cum ſatiſdet alter alteri, & proindè agit de eo caſu, quo fideiuſſio inutilis ipſis eſt, quoniam cum alter alteri ſatiſdet, mutua eſt, & reciproca actio, quæ propterea per compenſationem tollitur, quod exemplo planum faciam.

45 Teſtator relinquit vſum fructū quindecim millium aureorum Titio, proprietatem autem pertinere vult ad Caium, Seium, & Sempronium, quos hæredes inſtituit, ſi Caius, & Seius grauantur pro fructuario fideiubere, vtique ambo Sēpronio cohæredi ſatiſdabunt, & deinde alter alteri ſatiſdabit, quia proprietas pro æquis partibus ad ipſos pertinet, ponamus nunc obijſſe fructuarium, nec ex bonis eius reſtitutionem pecuniæ fieri poſſe, fideiuſſores Sempronio tertiam quidem pecuniæ partem ſoluere debent, ſibi tamen adinuicem nihil præſtabunt, quia alter alteri ſatiſdabit, ſi enim Caius a Seio partem ſibi pecuniæ debitæ poſtulauerit, Seius tantundem ab ipſo petet, & proinde inutilis actio redditur.

46 Non rectè itaque Surdus *decif.109.nu.5.* docet diſpoſitionem noſtri textus non habere locum, cū omnes hæredes, ijque proprietarij iubentur fideiubere pro fructuario, quia tunc inutilis eſſet fideiuſſio, ſi enim hoc admittitur, cum duo ex tribus hæredibus fideiubent, cur reijciendum erit, cum omnes ſatiſdare præcepit teſtator.

47 Neque ſimile huic ſpetiei eſt, quod diximus p̄ceptum huiuſmodi non conſiſtere, cum vnicus eſt hæres, idēque proprietarius, quia id accidit, quoniam non poteſt quid eſſe fideiuſſor, & creditor, vt ſupra expoſui, & ipſemet etiam Surdus agnoſcit: hoc enim non accidit in hac ſpetie, cum cohæredes ſibi adinuicem ſatiſdent.

48 Diſſimile quoque eſt id, quod legitur *in l.cum pater 79.§.pater qui filio, ff.de leg.2.* quia ibi agitur de declaratione voluntatis teſtatoris, vt indicant illa verba. *Vice mutua fideicommiſſum hæreditatis reliquiſſe non videbitur, ſed æſtimationem (vt a parentibus frugi fieri ſolet) patrimonij ſui feciſſe,* & explicat ibi Cuiac. *lib.8.reſponſ.Papiniani,* quod toto cælo a re noſtra diſtat.

49 Pergit Papinianus, & ait, *Illud etiam nobis placet, legatarium cogendum promittere, ſe nempe reſtituturum pecuniam, cum tempus reſtitutionis venerit,* cum autem plurimū referat, qua ratione promittat, ſat erit ſi efficaciter ſe obligauerit, eam reſtituere: nec cogi poterit ea forma obligationis ſe aſtringere, quæ hypothecam bonorum continet, vel ex lege municipali exequutionem paratam habet, veluti eſt obligatio camerali formula, aut guatātigia vallata. Idem iuris eſt in cohæredibus,

quos

quos testator iussit fideiubere, si nominatim id nõ expresserit, quia satisfit testatori per fideiussioõe simpliciter factam.

50 His expositis inqnit I.C. finito autẽ vsufructn, si fideiussores ex causa fideiussoria conuenirentur eos maodati non acturos; cum is, qui alienę accessit obligationi, damoũ hac de causa sensit, aduersus debitorem actione mandati experiatur *l. 4. ff. de fideiuss. §. si quid autem, Instit. eod. tit.* qua ratione id in spetie nostra locum non habere scribat I. C. perscrutemur, is autem duas rõoes allegat, dũ ait.

51 *Non enim susrepisse mandatum, sed voluntati paruisse denique cautionis legato liberatos*, vt actione mandati experiatur fideiussor, opus est, vt man dante debitore fideiusserit *l. ex mandato* 20. *l. qui fide 53. ff. mandati.* mandare autem nõ intelligitur fructuarius, cum ab bæredibus postulat, vt pro ipso fideiubeant, cum eos id facere iusserit testator, gratuitum enim officium mandatum contioet *§. fin. Instit. mandat.* quia mandatum ab officio origi-
52 nem habet *l. 1. ff. mandati*, quæ ratio cum babeat locum, etiam si plus incommodi sentiat hæres ex fideiussione, quam vtilitatis ex hæreditate perceperit, reijcienda est opinio Cini, & Baldi dicentium, textui nostro non esse locum, cum hæres nõ possit damnum resarcire ex rebus hæreditarijs, huiusmodi tamen opinionem probaruot Roman. *sing. 806. tu scis*, Gerardus de Petra Sãcta *sing. 88.*

53 An autem actione negociorum gestorum agere possit aduersus fructuarium, vel bæredes eius, quærit Accurs. & negatiue respondet, & rectissimè, quia non fideiussit in gratiam fructuarij, sed vt suam adimpleret obligationem. *vide l. creditor, §. 1. vers. item quæsitum est, ff. mandati*, & ibi glos. *in vers. sibi vellet, l. 6. §. sed & si quis negotia, in princ. de negot. gest. l. si prior 13. §. 1. ff. qui potior. in pign. babeantur.*

54 Debebit itaque fideiussor curare, vt actiones sibi cedantur aduersus fructuarium bæredesque eius, quod vbi obtinuerit, aduersus eos agere poterit *l. 2. l. 11. l. 14. l. 21. C. de fideiuss.* & ideò dubia mibi videtur traditio D. Polidori Ripæ *obser. 12. a nu. 4.* dum scribit, legatum, de quo agimus, æstimandum esse, cum extat statutum, oe maritus vltra summam certam vxori relinquere possit, quando maritus, qui vsum fructum, & alia vxori reliquerit, iussit, vt pro ipsa caueant, eius enim fundameotum, istud legatum continere posse partem aliquam bonorum mariti, quia fideiussore soluente aliquid pro vxore vsufructuaria, oon licet petere id, quod soluit, ex dictis sublatom est, cum per cessionem actionum hæres se possit ab bac iactura, antequam soluat, liberare.

De interpretatione statuti vetantis adiri bæreditatem cum beneficio inuentarij.

Cap. L.

1 Circa statutum, quod vetat hæreditatem adiri cum beneficio iouentarij, nonnullæ iocidunt dubitationes, de qoibus dicendum est. Primò autem quæritur, qua ratione auctores huius statuti moti sueriot ad ita constituendum, quod facilè est intelligere illis, qui rerum humanarũ periti sunt: sciunt enim multas sub prætextu inuentarij fraudes committi, non modò per subtractionem rerum hæreditariarum, (hoc enim probare difficillimum est) sed etiam per falsas allegationes, dum sub prætextu æris alieni, & inuentarij hæres creditores excludit, quibus rarò expedit discussiooẽ
2 hæreditatis facere, & ideò non videtur dubitandum hoc statutum fauore dignum esse, quia per illud, cum vnius incommodo (qui tamen potest & illud euitare hæreditatem recusando) multorum incolumitati consulitur: cauendũ est ergo ab Angelo *cons. 386.* & a Panuccio *de inuent. par. 6. num. 137.* qui aliud sentiunt.

3 Rem clarius explico; ante Iustinianum durum non videbatur hæredem vltra vires hæreditarias teneri, quia tempos ad deliberandũ habebat; quia tamen improuisum quãdoque emergit debitum, æquissimum visum fuit Iustiniano rationem inuenire, per quam hæres sine damno cõseruaretur, quod vbi fit sine incommodo creditorum, & eorũ quibus aliquid ex testamento debetur, summa nititur ratione: vbi verò in eorum damnum hæc res malitia hęredum cõuertitur, nulli dubium est, nun debere legislatorem pati hæredem legis ope muniri ad creditores huiusmodi fallendos.

4 Cum itaque alicubi statutum extat, ne inuentarium ab bærede fiat, vtique dicere debemus experientiam rerum magistram eo loci ostendisse Reipublicæ non expedire inuentarium ab hæredibus confici, si enim secus esset, cur tam æquum beneficium bæredi aufertur?

Rectissimè itaque dicimus hoc statutum publicam continere vtilitatem, & ideò fauore dignum esse, etiamsi a lege Iustiniani recedat, arg. *l. 4. de fundo dot. l. hoc modo 63. de cond. & demonstr.*

5 Idque eo facilius admitti debet, quòd res redigitur ad terminos iuris antiqui, secundum quod hæres in solidum creditoribus tenebatur, quod enim dici solet, leges correctorias non esse fauore dignas oon habere locum, cum per eas reddimus ad ius antiquum, nostris placet, vt constat ex Doctoribus allegatis per Surd. *cons. 242. num. 11.*

6 Secuodò dubitatur, an hoc statutum habeat locum in ciue alibi habitante: cumque ratio statuti in eo consistat, ne sub spetie inuentarij creditores defuncti fraudentur, si ciuis qui alibi habitat cum ciuibus suis commercium habere desinat; euidens est rationem huiusmodi ad eum non pertioere, & proindè hoc statutum locum non habebit, neque enim eius auctores alienigenis consulere voluerunt, argumeoto *cap. gaudemus, de diuortijs*, & ita limitandum est, quod scribit Bald. *cons. 219. lib. 1.* si modò non supersint reliquiæ anteacti temporis, hoc est si modò non extent adbuc in bæreditate debita ad fauorem ciuium contracta, tunc enim nihil est, quod faciat ipsum cessare.

7 Tertiò dubitatur, an in bæreditate aduenæ locũ sibi vindicet; quod si bona eius sita sint in territorio statuentium, nõ est cur locum habere dubitemus, quia & verba & ratio statuti conueniũt hæredi aduenæ, immò multò magis credendum est statuentes sensisse de eius hæreditate, quia de vtilitate aduenarum minus solliciti sunt legislatores, quàm sint de commodis ciuium.

Quod

8 Quod, ſi agatur de hæreditate alibi exiſtente, diſtinguendum eſt, aut ciui delata fuit hæreditas, aut alienigenæ. Primo caſu ſtatuto locus erit, quia potuit coarctare facultatem ciui capiendi hæreditatem alienigenæ, altero verò caſu ſecus dicere debemus, quia ſtatutum non poteſt beneficium adimere cum competit perſonæ non ſubditæ, & res, de quibus agitur, alterius Principis imperio ſubijciuntur.

9 At dices, vetat ſtatutum exceptionem inuentarij admitti eo in foro, in quo ratione contractus geſti cauſa tractatur, igitur inuentarium hæredi, de quo agimus, prodeſſe non poterit.

Reſpondeo poſſe quidem ſtatutum præfigere modum exercendi iudicij, quò ad omnes, quorum cauſæ in eo foro tractabuntur, ſed circa negotij ſubſtantiam, quò ad eas perſonas quæ ſubditæ nõ ſunt, vbi de rebus in territorio exiſtentibus non agitur, decernere non poteſt, & ideò non eſt credendum voluiſſe auctores ſtatuti continere eos, de quibus agimus.

10 Rem clarius declaro, efficit inuentarium, vt quis vltra vires hęreditarias non teneatur; ſi dicimus hoc ſtatutum pertinere ad aduenas, de quibus ſermo eſt, vtique dicimus ſtatutum efficere poſſe, vt aduena reſpectu rerum extra territorium exiſtentium teneatur vltra id, quod teneri noluit, quod poteſtatem ſtatuentium excedit, quia de iuribus aduenæ diſponere nulla ratione poſſunt.

11 Tertiò dubitatur, an ſtatutum ſit obſeruãdum in hæreditate eius qui nec ciuis eſt, nec incola, quę tamẽ ciui delata fuit, & negatiuè reſpõdeo; nam, cum hoc genus hominum plerumque cum ciuibus commercium non habeat, nulla cauſa eſt, cur ciui hæredi inſtituto beneficium inuentarij auferatur, &, licet quandoque aliud accidere poſſit, non tefert, iuxta regulam *l. nam ad ea, ff. de legib.*

12 Quartò dubitatur, an ciuis, cui hæreditas clerici delata fuit, poſſit conficere inuentarium, quod nõ puto, quia, cum beneficium inuentarij hęredis proprium ius ſit, de eo potuit diſponere ſtatutũ, quia ad ipſum ſpectat concedere, & limitare ciuibus facultatem ſuccedendi, & ideò non tractatur de re, aut perſona clerici, ſed de eo iure, quod ex poteſtate ſtatuti pendet.

13 Nec nocet indirectè hoc tangere clericos, qui propter hoc ſtatutum nequeunt eos hæredes habere, quos volunt; quia in poteſtate clerici non eſt cum, quem maximè vult hæredem habere, cum enim facultas ſuccedẽdi iuris beneficio nobis obueniat, non eſt cur clericus cõqueratur, cum eum elegerit hæredem, qui capacitatem ſuccedendi non habet propter legis diſpoſitionem, non in ipſius odium, ſed generaliter ob bonum publicum conſtitutam.

14 Quintò dubitatur, an hoc ſtatutum habeat locum, vbi res hæreditariæ ſunt extra territorium ſtatuentium, & affirmatiuè reſpondeo, nam beneficium inuentarij eſt ius proprium hæredis, eius eſt itaque legem ferre de inuẽtario, cuius imperio hæres ſubditus eſt, & licet eo in loco, vbi bona ſita ſunt, inuentarium conficere liceat, hoc tamen ius, hæres, de quo agimus, non poteſt ſibi vindicare. Primò, quia non poteſt legiſlator ſubdito non ſuo concedere priuilegium, quod proprium perſonæ ſit, cum id prohibetur a lege patriæ eius. Secundò, quia non eſt credendum auctores ſtatuti de ſubditis alienis, de quibus agimus, cogitauiſſe, quia de his, qui foris ſunt, nihil ad nos *cap. gaudemur, de diuortijs*, aliud tamen circa hanc rem poſt nonnullos ſentire videtur Fanuccius *de inuentario, par. 6. num. 136. & 137.*

15 Sextò quæritur, quid obſeruandum ſit in aduena, cui a ciue, vel incola hæreditas fuit relicta. Cũque de ciuis hæreditate agitur, exploratũ eſt poſſe ſtatutum ei beneficium hæreditatis denegare, cum ei auferre poſſit facultatem hæreditatis ciuis adeundæ. Si verò agatur de hæreditate incolæ, conſtat ratione perſonæ defuncti, vel hæredis ius non competere ſtatuẽtibus; omnis itaque eorum poteſtas ratione rerum in eorum territorio ſitarũ competet, quarum reſpectu poterunt vetare hęredi inuentarium conficere, quo caſu facilè poterit accidere, vt quis hæreditatẽ alicuius ex parte habeat, & ex parte repudiet: melius eſt enim & ęquius, vt hoc admittatur, quam vt cogatur hęres totam hæreditatem abſque beneficio inuentarij ſuſcipere.

16 Septima dubitatio eſt, an clericus cui hæreditas laici defertur inuentarium conficere poſſit, quod videtur affirmandum, quia, cum hoc beneficium proprium hęredis ſit, non videtur laico ius competere illud auferẽdi *cap. Eccleſia Sanctæ Mariæ, de conſtitutionibus.*

Contrarium verius eſt: in illis enim, quæ beneficio Principis ſecularis competunt, clericus non aliter poteſt ad ea aſpirare, quam ijs conditionibus adimpletis, quę a Principe præſcriptę fuerũt, hocque exploratum eſt, & tradunt DD. vno ore *in d. cap. Eccleſia Sanctæ Mariæ*, cũ itaque facultas capiendi hæreditates ciuium ex beneficio Principis competat, ad eas non poterunt clerici aſpirare, niſi obſeruatis conditionibus, quæ a Principe fuerunt conſcriptæ, non licebit itaque clerico ad hæreditatem laici aſpirare cum beneficio inuentarij, cum ſtatutum generaliter conſcriptum ex iuſtiſſima cauſa inuentarium fieri vetet.

17 Cumque ius inuentarij conficiendi priuilegio Iuſtiniani competat, quis poterit dubitare Principem, & eos cui ius ſtatuendi eſt poſſe illud auferre? hoc autem ſublato, ſi clericus velit hæredem eſſe, nec in ſolidum teneri, irridendus erit, quia hæreditas eſt ſucceſſio in vniuerſum ius defuncti.

18 Octauò quæritur, an hæres, de quo agimus, alienigenis etiam in ſolidum teneatur; quod, ſi de ciue agatur, exploratum eſt eum teneri, cum nulla ſit ratio, qua poſſit beneficium inuentarij ei a ſtatuto interdictum conſequi; ſi verò de incola loquamur, aliud dicendum erit, quia, cum ipſe non ligetur ſtatuto, niſi indirectè, hoc eſt ratione rerũ in hęreditate contentarum, accidere poteſt, vt ipſe inuentarij beneficium habeat, licet, quò ad eos, qui ſubditi ſtatuentium ſunt, eo vti non poſſit.

19 Rem clarius declaro, Princeps tripliciter poteſt in hac re verſari. Primò vetando hæreditatem acquiri ab eo, qui inuentarium confecit. Secundò adimendo hæredi ius faciendi inuentarij.

Tertiò

Tertiò vetando res in suo territorio sitas ei acquiri, qui fecit inuentarium.

Primus, & secundus modus non pertinent ad eos, qui non sunt subditi, quia circa personas earũ directè, quò ad rem nostram, disponere non potest. Tertius autem modus ad omnes eos pertinet, qui succedere volunt in hæreditate in qua adsunt bona In huiusmodi territorio existentia, quæ tamen immunia non sunt.

20 Circa hunc autem modum dupliciter versatur Princeps. Primò vetando res acquiri ei, qui inuentarium fecit. Secundò vetando opponi exceptionem inuentarij; vbi autem primo modò res agitur, si corticem inspiciamus, incola, qui confecit inuentarium ratione rerum alibi sitarum, non poterit eas acquirere, mente tamen inspecta aliud dicendum est, nihil enim aliud auctores statuti intendunt, quam vt hæres sub prætextu inuentarij non fallat ciues, quibus aliquid debetur, quod vtique consequimur, vbicũque huiusmodi hæres beneficio inuentarij non vtitur, & ideò non est credendum eos voluisse auferre ius inuentarij faciendi, quo possit hæres aduersus alienigenas se tueri.

Non est ergo conformis menti statuentium auferre ei, de quo agimus, beneficium inuẽtarij indistinctè, & ideò poterit illud conficere, & allegare aduersus, eos quibus auctores statuti consulere noluerunt, aliud tamen scripserunt Castr. & Brun. quos refert & sequitur Fanucc. *de inuentario par. 6. num. 137.*

LIBRI SEXTI, ET VLTIMI FINIS,

Deo Optimo Maximo benefauente.